

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum

Secara umum, prinsip-prinsip keadilan restoratif adalah membuat pelanggar bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan atas perbuatannya. Memberikan kesempatan kepada pelanggar untuk membuktikan kualitas dirinya. Melibatkan para korban dan pihak-pihak yang terkait di dalam forum sehubungan dengan penyelesaian masalah. Menetapkan hubungan langsung dan nyata antara kesalahan dengan reaksi sosial yang formal.

Dengan adanya keadilan restoratif, memang sangat dimungkinkan terjadinya benturan dengan asas legalitas dan tujuan kepastian hukum. Namun, benturan itu akan teratasi dengan sendirinya ketika penafsiran akan kepastian hukum berupa kepastian hukum yang adil. Titik berat yang menjadi pertimbangan digunakannya keadilan restoratif ini adalah penyidangan perkara yang dalam buku ini terkait dengan anak yang berhadapan dengan hukum, yang secara filosofis dan justifikasi belum memenuhi unsur-unsur untuk disidangkan atau diperkara-pidanakan, sehingga cukup dilakukan dengan upaya-upaya mediasi dalam menyelesaikan masalah. Penal mediasi ini demi hukum dan keadilan yang progresif.

PENERBIT NEM
Jl. Pahlawan, No. 10, Jakarta, 10110
Telp. (021) 7221 7221
Fax. (021) 7221 7222
Email: penerbitnem@gmail.com
Website: www.penerbitnem.com



Dr. Fajar Ari Sudewo, S.H., M.H.

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum

Dr. Fajar Ari Sudewo, S.H., M.H.

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum



Dr. Fajar Ari Sudewo, S.H., M.H.

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum



PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum

**KUTIPAN PASAL 72:
Ketentuan Pidana Undang-Undang Republik
Indonesia
Nomor 19 Tahun 2002 tentang HAK CIPTA**

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah).
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud dalam ayat 1, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

~ Dr. Fajar Ari Sudewo, S.H., M.H. ~

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum



Pekalongan - Indonesia

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum
Copyright © 2021

Penulis:

Dr. Fajar Ari Sudewo, S.H., M.H.

Editor:

Dr. Achmad Irwan Hamzani
Moh. Taufik

Setting Lay-out & Cover:

Tim Redaksi

Diterbitkan oleh:

PT. Nasya Expanding Management
(Penerbit NEM - Anggota IKAPI)

Jl. Raya Wangandowo, Bojong
Pekalongan, Jawa Tengah 51156

Telp. (0285) 435833, Mobile: 0853-2521-7257

www.penerbitnem.online / penerbitnem@gmail.com

Hak Cipta dilindungi oleh Undang-Undang.

Dilarang memperbanyak sebagian
atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari Penerbit

Cetakan ke-1, Februari 2021

ISBN: 978-623-6906-52-1

Kata Pengantar

Perwujudan supremasi hukum melalui *restorative justice* pada hakikatnya adalah terwujudnya proses penegakan hukum (keadilan) berorientasi pada pemulihan hubungan pada hubungan keadaan semula (restoratif), bukan keadilan yang hanya berorientasi pembalasan (retributif dan bukan keadilan yang hanya berorientasi pada pemulihan kerugian). Implementasi prinsip-prinsip *restorative justice* pada penyelesaian perkara di luar pengadilan sebaiknya dilakukan oleh Jaksa melalui penghentian penuntutan demi kepentingan umum berdasarkan asas oportunitas. Sebab, Jaksa merupakan “hakim semu” (*quasi judicial service*). Bila dilakukan hakim, berarti perkara tersebut sudah masuk ke pengadilan. Aturan yang ada saat ini belum mendukung penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan oleh Jaksa melalui mekanisme *restorative justice*, sehingga banyak perkara-perkara yang menurut rasa keadilan masyarakat tidak perlu diajukan ke pengadilan, namun oleh Jaksa tetap dilakukan penuntutan pengadilan karena tidak ada aturan yang memberikan kewenangan jaksa untuk mengesampingkan penuntutannya.

Dalam praktiknya, penerapan prinsip keadilan restoratif dalam sistem peradilan pidana di Indonesia belum terlaksana secara efektif karena dihadapkan pada beberapa permasalahan, di antaranya inkonsistensi aparat penegak hukum dalam penerapan keadilan restoratif terhadap suatu perkara, di mana hal tersebut dapat dilihat dari masih adanya disparitas dalam

penanganan perkara yang sejenis. Pemahaman hukum dari korban atau pun keluarga korban yang masih berparadigma retributif, sehingga lebih mengedepankan upaya pembalasan terhadap tindak pidana yang terjadi dibandingkan mencari alternatif terbaik untuk penyelesaian permasalahan secara damai. Tujuan dan fungsi hukum masih dipahami sebagai instrumen untuk mewujudkan kepastian, keadilan, dan kemanfaatan, padahal hukum juga seharusnya difungsikan sebagai alat pengendali sosial yang mampu menciptakan ketenteraman dan kedamaian (*peaceful*). Ketidakmampuan dari pelaku untuk melakukan pembayaran ganti kerugian, terutama dalam hal tuntutan restitusi yang dimintakan oleh korban atau pun kerugian keuangan negara yang cukup besar, sehingga seringkali putusan pengadilan yang mencantumkan tentang restitusi tidak dapat dilaksanakan secara optimal. Tuntutan kompensasi maupun restitusi seringkali tidak didasarkan pada bukti atau dokumen-dokumen yang sah dan dapat dipertanggungjawabkan, sehingga seringkali nominal kompensasi maupun restitusi hanya didasarkan pada asumsi dan berdampak pada tidak dikabulkannya tuntutan kompensasi maupun restitusi di tingkat persidangan.

Menurut Retnowulan Sutianto dalam buku Romli Atmasasmita menegaskan perlindungan anak merupakan bagian dari Pembangunan Nasional. Melindungi anak adalah melindungi manusia, dan membangun manusia seutuh mungkin. Hal ini tercermin pada hakikat pembangunan nasional yaitu pembangunan manusia Indonesia seutuhnya yang berbudi luhur. Mengabaikan masalah perlindungan anak berarti tidak akan memantapkan pembangunan nasional. Akibat tidak adanya perlindungan anak akan menimbulkan berbagai permasalahan sosial yang dapat mengganggu

penegakan hukum, ketertiban, keamanan, dan pembangunan nasional.¹

Hukum positif yang digunakan untuk mengadili anak sudah jelas bertentangan dengan hak asasi manusia, bertentangan dengan konstitusi dasar, dan sangat membahayakan masa depan anak, maka tidak ada pilihan lain, harus merombak sistem peradilan dilinkuensi anak di Indonesia. Bukan sekedar merevisi Undang-Undang Pengadilan Anak, tidak cukup dengan mengubah aturan-aturan pelaksanaan para aparat penegak hukum di lapangan, tetapi juga paradigma peradilan anak harus diubah.

Paradigma peradilan anak harus berdasarkan perspektif perlindungan anak. Dalam perlindungan anak dikenal 4 prinsip dasar, yaitu: non diskriminasi; kepentingan terbaik bagi anak; kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang; penghargaan terhadap pendapat anak. Dengan demikian, dalam perspektif perlindungan anak, tidak ada pemidanaan terhadap anak dan tidak ada penjara bagi anak. Apapun alasannya, seperti apapun tindakan yang dilakukan oleh anak. Proses pemidanaan, apalagi pemenjaraan, hanya untuk orang dewasa.

Indonesia sebagai Negara Pihak dalam Konvensi Hak-hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) yang mengatur prinsip perlindungan hukum terhadap anak, berkewajiban untuk memberikan perlindungan khusus terhadap anak yang berhadapan dengan hukum. Salah satu bentuk perlindungan anak oleh negara diwujudkan melalui sistem peradilan pidana khusus bagi anak yang berhadapan

¹ Romli Atmasasmita (ed), *Peradilan Anak di Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 1997, hlm. 166.

dengan hukum. Hal ini ditegaskan dalam *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, bahwa tujuan peradilan anak adalah sistem peradilan pidana bagi anak/remaja akan mengutamakan kesejahteraan remaja dan akan memastikan bahwa reaksi apapun terhadap pelanggar-pelanggar hukum berusia remaja akan selalu sepadan dengan keadaan-keadaan baik pada pelanggar-pelanggar hukumnya maupun pelanggaran hukumnya.²

Sistem peradilan pidana khusus bagi anak tentunya memiliki tujuan khusus bagi kepentingan masa depan anak dan masyarakat yang di dalamnya terkandung prinsip-prinsip *restorative justice*, definisi *restorative justice* itu sendiri tidak seragam, sebab banyak variasi model dan bentuk yang berkembang dalam penerapannya. Oleh karena itu, banyak terminologi yang digunakan untuk menggambarkan konsep *restorative justice*, seperti *communitarian justice* (keadilan komunitarian), *positive justice* (keadilan positif), *relational justice* (keadilan relasional), *reparative justice* (keadilan reparatif), dan *community justice* (keadilan masyarakat).³

Hal ini yang akan menjadi fokus bahasan buku ini, di mana *restorative justice* seharusnya berperan dan digunakan dalam kasus-kasus yang melibatkan anak-anak di bawah umur yang terlibat dalam tindak pidana, bukannya menerapkan ketentuan-ketentuan hukum yang umum digunakan dalam menangani pelaku-pelaku tindak pelanggaran hukum oleh orang dewasa.

² United Nations, *United Nations Standard Minimum Rules For The Administration of Juvenile Justice*", United Nations, <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm>, diakses 20 Januari 2016.

³ United Nations, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York: United Nations Publication, 2006, hlm. 6.

Akhir kata, dengan segala keterbatasan penulis, kami meyakini jika buku yang ada di hadapan para pembaca sekalian ini masih banyak kekurangan dan memerlukan penyempurnaan di segala sisi. Untuk itu, kami sangat terbuka menerima kritik serta saran yang membangun demi sempurnanya buku ini, dan demi penegakan hukum di Indonesia yang lebih adil, beradab, dan membangun.

Tegal, Februari 2021

Penulis

Daftar Isi

KATA PENGANTAR __ v

DAFTAR ISI __ x

BAB 1 PENDAHULUAN __ 1

A. Latar Belakang __ 1

B. Hukum sebagai Suatu Sistem __ 3

BAB 2 KEADILAN DALAM HUKUM __ 17

A. Teori Keadilan __ 17

B. Perlindungan Hukum __ 26

C. Teori-teori yang Menganalisis tentang Perlindungan
Hukum __ 35

BAB 3 KONSEP DASAR *RESTORATIVE JUSTICE* __ 41

A. Pengertian dan Bentuk *Restorative Justice* __ 41

B. *Restorative Justice* dalam Hukum Positif __ 49

**BAB 4 KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DALAM
PENANGANAN ANAK YANG BERHADAPAN DENGAN
HUKUM __ 53**

A. Asas Perlindungan Anak __ 53

B. Sistem Peradilan Pidana Anak __ 56

**BAB 5 TUJUAN SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK
__ 65**

A. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak pada
Paradigma Pembinaan Individual __ 67

- B. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak dengan Paradigma Retributif __ 68
- C. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak dengan Paradigma Restoratif __ 69
- D. Tujuan SPP Anak menurut SMRJJ (*The Beijing Rules*) __ 74
- E. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak menurut Konvensi __ 76
- F. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak Berdasar UU Perlindungan Anak UU Perlindungan Anak Memandang Anak Nakal sebagai “Anak yang Berhadapan dengan Hukum” __ 78

BAB 6 DISKRESI DAN DIVERSI __ 83

- A. Diskresi __ 83
- B. Diversi __ 87
- C. Pengertian Diversi __ 89
- D. Sejarah Diversi __ 92

BAB 7 DIVERSI DALAM PENANGANAN HUKUM TERHADAP ABH __ 104

- A. Diversi dalam Penegakan Hukum terhadap ABH __ 104
- B. Pendekatan *Restorative Justice* dan Penanganan ABH __ 113

DAFTAR PUSTAKA __ 116

TENTANG PENULIS

Bab 1
PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Hukum adalah suatu tatanan perbuatan manusia. “Tatanan” adalah suatu sistem aturan. Hukum bukanlah, seperti yang terkadang dikatakan sebuah peraturan. Hukum adalah seperangkat peraturan yang mengandung semacam kesatuan yang kita pahami melalui sebuah sistem.¹

Pernyataan bahwa hukum merupakan sebuah tatanan perbuatan manusia tidak berarti bahwa tatanan hukum hanya berkenaan dengan perbuatan manusia; bahwa tidak ada hal lain kecuali perbuatan manusia yang masuk ke dalam isi dari peraturan-peraturan hukum.² Pernyataan “Tatanan sosial tertentu yang memiliki karakter hukum merupakan suatu tatanan Hukum,” tidak mengandung pertimbangan moral bahwa tatanan sosial ini baik atau adil. Ada tatanan hukum yang dari sudut pandang tertentu, tidak adil. Hukum dan keadilan adalah dua konsep yang berbeda. Upaya untuk membebaskan konsep hukum dari ide keadilan bukanlah persoalan mudah, sebab kedua konsep tersebut selalu dicampuradukan di dalam pemikiran politik yang tidak ilmiah dan juga di dalam pembicaraan umum, dan karena pencampuradukan kedua konsep ini berkaitan

¹ Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Bandung: Nusamedia-Nuansa, 2006, hlm. 3.

² *Ibid.*

dengan kecenderungan ideologis untuk membuat hukum positif tampak adil. Hukum yang dibedakan dari keadilan adalah hukum positif.³

Setiap manusia memiliki hasrat untuk hidup secara teratur, serasi, selaras dengan masyarakat dan mendambakan sebuah masyarakat yang patuh terhadap hukum berlaku. Oleh karena itu hukum dalam bentuk apa pun ada pada setiap masyarakat manusia di mana pun juga di muka bumi ini. Bagaimana pun primitifnya dan bagaimana pun modernnya suatu masyarakat pasti mempunyai hukum. Oleh karena itu, keberadaan (eksistensi) hukum sifatnya universal. Hukum tidak bisa dipisahkan dengan masyarakat, tetapi justru mempunyai hubungan timbal bali.⁴ Tujuan hukum adalah terciptanya suatu kedamaian yang didasarkan pada keserasian antara ketertiban dan ketenteraman. Tujuan hukum ini tentunya akan tercapai apabila didukung oleh tugas hukum, yakni keserasian antara kepastian hukum dengan kesebandingan hukum, sehingga akan menghasilkan suatu keadilan.⁵ Dengan demikian peran hukum dalam masyarakat menjadi suatu yang urgen seperti yang dikatakan oleh Surjono Soekanto, paling tidak hukum mempunyai 3 (tiga) peranan utama dalam masyarakat, yakni *pertama*, sebagai sarana pengendalian sosial; *kedua*, sebagai sarana untuk

³ *Ibid.*, hlm. 6.

⁴ Riduan Syahrani, "Rangkuman Intisari Ilmu Hukum" dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum: Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Dr. Teguh Prasetyo, SH., M.Si, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hlm. 38.

⁵ Edmon Makarim, "Kompilasi Hukum Telematika" dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum: Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Dr. Teguh Prasetyo, SH., M.Si, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hlm. 39.

memperlancar proses interaksi sosial; *ketiga*, sebagai sarana untuk menciptakan keadaan tertentu.⁶

B. Hukum sebagai Suatu Sistem

Untuk membicarakan kehadiran hukum sebagai suatu sistem, maka sebaiknya mulai dari pembicaraan tentang sistem itu sendiri, oleh karena bagaimana pun hukum sebagai suatu sistem akan tunduk pada batasan dan ciri-ciri sistem hukum juga. Sistem ini mempunyai dua pengertian yang penting untuk dikenali, sekali pun dalam pembicaraan-pembicaraan keduanya sering dipakai secara tercampur begitu saja. Yang pertama adalah pengertian sistem sebagai jenis satuan. Yang mempunyai tatanan tertentu. Tatanan tertentu di sini menunjuk kepada suatu struktur yang tersusun dari bagian-bagian. Kedua sistem sebagai suatu rencana, metoda, atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu. Dalam pemahaman mengenai sistem hukum nanti akan terlihat, bahwa keduanya dapat dikenali kembali pemakaiannya, misal pada waktu kita berbicara mengenai penafsiran dan penemuan hukum.⁷ Setiap sistem hukum menunjukkan 4 (empat) unsur dasar yaitu:⁸

1. Pranata peraturan;
2. Proses penyelenggaraan hukum;

⁶ Soerjono Soekanto, "Pengantar Penelitian Hukum" dalam buku *Ilmu Hukum dan Filosofat Hukum: Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Dr. Teguh Prasetyo, SH., M.Si, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hlm. 39.

⁷ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000, hlm. 48.

⁸ Ronny Hanitijo Soemitro, "Sebuah Model Analitik Mengenai Pembangunan Politik dengan Menggunakan Sistem Hukum sebagai Kerangka Teoritik" dalam Kumpulan Karya Ilmiah Menyambut 70 Tahun Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H. dalam Buku *Wajah Hukum di Era Reformasi*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000, hlm. 179.

3. Prosedur pemberian keputusan oleh Pengadilan; dan
4. Lembaga penegak hukum.

Bila diperhatikan lebih lanjut sistem hukum dalam keadaan yang sebenarnya maka terbukti bahwa unsur-unsur tersebut dan pengorganisasiannya berbeda-beda dalam suatu variasi yang luas. Pendekatan pengembangan terhadap sistem hukum menekankan pada beberapa hal. Yaitu: bertambah meningkatnya diferensiasi internal dari keempat unsur-unsur dasar dari sistem hukum tersebut, ialah perangkat peraturan-peraturan, penerapan peraturan-peraturan, pengadilan dan penegakan hukum, yaitu bagaimana unsur-unsur dasar sistem hukum itu dipengaruhi oleh diferensiasi lembaga-lembaga dalam masyarakat yang lebih luas.⁹

Diaz¹⁰ menyebutkan beberapa alasan lain untuk mempertanggungjawabkan, bahwa hukum itu merupakan suatu sistem adalah sebagai berikut: pertama suatu sistem hukum itu bisa disebut demikian karena ia bukan sekadar merupakan kumpulan peraturan-peraturan belaka. Kaitan yang mempersatukannya sehingga tercipta pola kesatuan yang demikian itu adalah masalah keabsahannya. Peraturan-peraturan itu diterima sebagai sah apabila dikeluarkan dari sumber atau sumber-sumber yang sama, seperti peraturan hukum, yurisprudensi dan kebiasaan. Sumber-sumber yang demikian itu dengan sendirinya melibatkan kelembagaan seperti pengadilan dan pembuat undang-undang. Ikatan sistem itu tercipta pula melalui praktik penerapan peraturan-peraturan hukum itu. Praktik ini menjamin terciptanya

⁹ *Ibid.*, hlm. 180.

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 51.

susunan kesatuan dari peraturan-peraturan tersebut dalam dimensi waktu. Sarana-sarana yang dipakai untuk menjalankan praktik itu, seperti penafsiran atau pola-pola penafsiran yang seragam menyebabkan terciptanya ikatan sistem tersebut.

Fuller mengajukan satu pendapat untuk mengukur apakah kita pada suatu saat dapat berbicara mengenai adanya suatu sistem hukum. Ukuran tersebut diletakkannya pada delapan asas yang dinamakannya *principle of legality*, yaitu:¹¹

1. Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan. Yang dimaksud di sini adalah, bahwa ia tidak boleh mengandung sekadar keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*.
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
3. Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, oleh karena apabila yang demikian itu tidak ditolak, maka peraturan itu tidak bisa dipakai untuk menjadi pedoman tingkah laku. Membolehkan pengaturan secara berlaku surut berarti merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu yang akan datang.
4. Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti.
5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan.
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan.
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi.

¹¹ *Ibid.*

8. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaan sehari-hari.

Masing-masing sistem hukum mempunyai karakteristik sendiri sebagai akibat adanya perbedaan pola kebudayaan setiap bangsa. Salah satu dari kebudayaan itu adalah hukum, maka hukum tidak terlepas dari adanya perbedaan-perbedaan di antara bangsa-bangsa yang mempunyai kebudayaan yang berbeda. Walaupun berbeda dapat dijumpai adanya persamaan struktur, kategori dan konsep hukum dalam membentuk sistem hukum, sehingga dapat dikelompokkan atau dimasukan ke dalam suatu keluarga hukum yang ada di dunia. Pada taraf yang paling umum, sistem hukum memiliki fungsi untuk mendistribusikan dan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat. Alokasi ini, yang tertanam dengan pemahaman akan kebenaran, adalah apa yang umumnya disebut sebagai *keadilan*. Aristoteles menarik garis perbedaan yang terkenal antara keadilan distributif dan keadilan komunitatif, antara prinsip di mana kekayaan dan kehormatan dialokasikan di antara warga dan yang berkenaan dengan individu dan gugatan hukum.¹² Fungsi pokok lainnya dari sistem hukum adalah kontrol sosial yang pada dasarnya berupa pemberlakuan peraturan mengenai perilaku yang benar.¹³ Menurut Talcott Parsons, pengembangan sistem hukum dalam keadaan-keadaan khusus yang mampu menciptakan perangkat hubungan-hubungan institusional yang baru yang akan mempercepat pembangunan dalam masyarakat yang lebih luas.

¹² Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1986.

¹³ *Ibid.*, hlm. 20.

Philippe Nonet dan Philip Selznick merupakan contoh dari arus baru pemikiran penyelenggaraan hukum di suatu negara. Dalam model perkembangan ini dikemukakan tiga tatanan hukum yang hingga derajat tertentu mengungkapkan perkembangan (evolusi) tatanan hukum dalam masyarakat yang sudah terorganisasi secara politik dalam bentuk negara. Tipe-tipe tatanan hukum itu adalah tatanan Hukum Represif, Tatanan Hukum Otonom dan Tatanan Hukum Responsif. Tatanan Hukum Represif yang mendahului dua tatanan lainnya, muncul atau diperlukan untuk menyelesaikan berbagai permasalahan fundamental dalam mendirikan tatanan politik yang merupakan prasyarat bagi sistem hukum dan sistem politik mencapai sasaran yang lebih tinggi. Tatanan Hukum Otonom mengandaikan dan dibangun di atas hasil-hasil yang dicapai Tatanan Hukum Represif. Tatanan Hukum Responsif bertumpu pada "*constitutional cornerstones*" tahap "*Rule of Law*" yang dihasilkan Tatanan Hukum Otonom.¹⁴

Tipe Tatanan Hukum Represif memperlihatkan ciri-ciri sebagai berikut:¹⁵

1. Institusi hukum secara langsung dapat diakses oleh kekuasaan politik; hukum diidentifikasi sama dengan negara dan disubordinasikan pada tujuan negara (*raison d'etat*);
2. Langgengnya sebuah otoritas merupakan urusan yang paling penting dalam administrasi hukum. Dalam "perspektif resmi" yang terbangun, manfaat dari keraguan

¹⁴ P. Nonet & P. Selznick, "*Law and Society In Transition*" dikutip oleh Teguh Prasetyo, dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007, hlm. 52.

¹⁵ *Ibid.* hlm. 53.

(*the benefit of the doubt*) masuk ke sistem, dan kenyamanan administrasi menjadi titik berat perhatian;

3. Lembaga-lembaga kontrol yang terspesialisasi, seperti polisi, menjadi pusat kekuasaan yang independen; mereka terisolasi dari konteks sosial yang berfungsi memperlunak, serta mampu menolak otoritas politik;
4. Sebuah rezim “hukum berganda” (*dual law*)” melembagakan keadilan berdasarkan kelas dengan cara mengonsolidasikan dan melegitimasi pola-pola subordinasi sosial.
5. Hukum pidana merefleksikan nilai-nilai yang dominan; moralisme hukum yang akan menang.

Karakter khas hukum otonom dapat diringkas sebagai berikut:¹⁶

1. Hukum terpisah dari politik. Secara khas, sistem hukum ini menyatakan kemandirian kekuasaan peradilan, dan membuat garis tegas antara fungsi-fungsi legislatif dan yudikatif;
2. Tertib hukum mendukung “model peraturan” (*model of rules*). Fokus pada peraturan membantu menerapkan ukuran bagi akuntabilitas para pejabat; pada saat yang sama, ia membatasi kreativitas institusi-institusi hukum maupun risiko campur tangan lembaga-lembaga hukum itu dalam wilayah politik;
3. “Prosedur adalah jantung hukum”. Keteraturan dan keadilan (*fairness*), dan bukannya keadilan substantif, merupakan tujuan utama dan kompetensi utama dari tertib hukum;

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 54.

4. “Ketaatan pada hukum” dipahami sebagai kepatuhan yang sempurna terhadap peraturan-peraturan hukum positif. Kritik terhadap hukum yang berlaku harus disalurkan melalui politik.

Dalam tipe Tatanan Hukum Responsif,¹⁷ hukum dipandang sebagai fasilitator respon atau sarana tanggapan terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Pandangan ini mengimplementasikan dua hal. *Pertama*, hukum harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional. *Kedua*, tujuan menetapkan standar bagi kritik terhadap apa yang berjalan. Ini berarti bahwa tujuan berfungsi sebagai norma kritik dan dengan demikian mengendalikan diskresi administratif serta melunakkan risiko “*Institutional Surrender*”. Dalam tipe ini, aspek eksresif dari hukum lebih mengemuka ketimbang dalam dua tipe lainnya, dan keadilan substantif juga dipentingkan di samping keadilan prosedural. Dalam hukum responsif pada akhirnya yang dipermasalahkan adalah *tujuan tata tertib sosial*.¹⁸

Keadilan prosedural¹⁹ dapat menjadi pengganti keadilan substantif, hasilnya adalah bahwa suatu moralitas dari cara-cara akan meliputi keseluruhan legalitas dan keadilan. Keadilan Substantif sifatnya derivatif, yaitu suatu hasil tambahan yang sangat diharapkan dari metode yang sempurna, akan tetapi keadilan formal adalah konsisten dengan melayani pola-pola yang ada tentang privilese dan kekuasaan. Kesadaran tentang keadilan merasa dirinya

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Koesriani Siswosoebroto, *Buku Teks Sosisologi Hukum*, Editor: A.A.G Peters (Universitas Utrecht)-(Universitas Indonesia), “Hukum dan Perkembangan Sosial”, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1990, hlm. 163.

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 174.

diserang apabila suatu sistem yang membanggakan dirinya atas persidangan yang lengkap dan berat sebelah kemudian tidak mampu untuk membalas tuntutan tuntutan penting tentang ketidakadilan substantif. Keadilan hukum otonom akan dirasakan sebagai kebohongan dan sewenang-wenang apabila ia akan menimbulkan prustasi terhadap harapan-harapan akan keadilan yang telah ia kobar-kobarkan, pada waktunya, ketegangan antara keadilan prosedural dan keadilan substantif akan menggerakkan kekuatan yang mendorong tata tertib hukum sampai jauh melampaui batas-batas hukum otonom.

Pencarian hukum responsif telah menjadi perhatian yang sangat besar yang terus menerus dari teori hukum modern (yang menginginkan) untuk membuat hukum lebih responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan sosial (dan) untuk memperhitungkan secara lebih lengkap dan lebih cerdas tentang fakta sosial yang menjadi dasar dan tujuan penerapan dan pelaksanaan hukum", sifat responsif dapat diartikan sebagai melayani kebutuhan dan kepentingan sosial yang dialami dan ditemukan, tidak boleh pejabat, melainkan oleh rakyat. Syarat untuk mengemukakannya secara otentik memerlukan upaya-upaya khusus yang akan memungkinkan hal ini dilakukan. Dengan demikian diperlukan jalur-jalur baru untuk berpartisipasi. Sifat responsif mengandung arti suatu komitmen kepada hukum di dalam perspektif konsumen, akan tetapi, di dalam konsep hukum responsif terkandung lebih dari hanya suatu hasrat bahwa sistem hukum dibuka untuk tuntutan-tuntutan kerakyatan. Keterbukaan saja akan "mudah turun derajatnya menjadi oportunisme, artinya, adaptasi tanpa bimbingan kepada peristiwa-peristiwa dan tekanan-tekanan". Nonet dan

Selznick menunjuk kepada dilema yang pelik di dalam institusi-institusi antara integritas dan keterbukaan. Integritas berarti bahwa suatu institusi dalam melayani kebutuhan-kebutuhan sosial tetap terikat kepada prosedur-prosedur dan cara-cara bekerja yang membedakannya dari institusi-institusi lain.²⁰ Dua ciri menonjol dari konsep hukum responsif adalah (a) pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan; dan (b) pentingnya kerakyatan baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya.²¹

Sistem Hukum Pidana Indonesia memasuki babak baru dalam perkembangannya. Salah satu bentuk pembaharuan yang ada dalam Hukum Pidana Indonesia adalah pengaturan tentang hukum pidana dalam perspektif dan pencapaian keadilan kepada perbaikan maupun pemulihan keadaan setelah peristiwa dan proses peradilan pidana yang dikenal dengan keadilan restoratif (*restorative justice*) yang berbeda dengan keadilan retributif (menekankan keadilan pada pembalasan) dan keadilan restitutif (menekankan keadilan pada ganti rugi). Apabila ditinjau dari perkembangan ilmu hukum pidana dan sifat pemidanaan modern, telah memperkenalkan dan mengembangkan apa yang disebut pendekatan hubungan Pelaku-Korban atau "*Doer-Victims*" *Relationship*. Suatu pendekatan baru yang telah menggantikan pendekatan perbuatan atau pelaku atau "*daad-dader straftecht*". Ahli hukum telah memperkenalkan formula keadilan khususnya dalam penegakkan HAM, bahwa ada 3 aspek pendekatan untuk membangun suatu sistem hukum dalam rangka modernisasi dan pembaharuan

²⁰ *Ibid.*, hlm. 176.

²¹ *Ibid.*, hlm. 178.

hukum, yaitu segi struktur (*structure*), substansi (*substance*) dan budaya (*legal culture*) yang kesemuanya layak berjalan secara integral, simultan dan paralel.²² Ridwan selanjutnya mengatakan, “Perlindungan hukum bagi anak dapat dilakukan sebagai upaya perlindungan hukum terhadap berbagai kebebasan dan hak asasi anak. Perlindungan terhadap anak ini juga mencakup kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak. Perlindungan anak-anak yang berhadapan dengan hukum (ABH), merupakan tanggung jawab bersama aparat penegak hukum. Tidak hanya anak sebagai pelaku, namun mencakup juga anak yang sebagai korban dan saksi. Aparat penegak hukum yang terlibat dalam penanganan ABH agar tidak hanya mengacu pada Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Sistem Peradilan Pidana Anak atau peraturan perundang-undangan lainnya yang berkaitan dengan penanganan ABH, namun lebih mengutamakan perdamaian daripada proses hukum formal yang mulai diberlakukan 2 tahun setelah UU SPPA diundangkan atau 1 Agustus 2014 (Pasal 108 UU No. 11 Tahun 2012). Penghukuman bagi pelaku Tindak Pidana Anak tidak kemudian mencapai keadilan bagi korban, mengingat dari sisi lain masih meninggalkan permasalahan tersendiri yang tidak terselesaikan meskipun pelaku telah dihukum. Melihat prinsip-prinsip tentang perlindungan anak terutama prinsip mengutamakan kepentingan terbaik bagi anak maka diperlukan proses penyelesaian perkara anak di luar mekanisme pidana atau biasa disebut diversi. Institusi

²² Ridwan Mansyur, *Keadilan Restoratif sebagai Tujuan Pelaksanaan Diversi pada Sistem Peradilan Pidana Anak*, Dikuti dari www.mahkamahagung.go.id ditulis pada 8/13/2014

penghukuman bukanlah jalan untuk menyelesaikan permasalahan anak karena justru di dalamnya rawan terjadi pelanggaran-pelanggaran terhadap hak anak. Oleh karena itu dibutuhkan suatu acara dan prosedur di dalam sistem yang dapat mengakomodasi penyelesaian perkara yang salah satunya adalah dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif, melalui suatu pembaharuan hukum yang tidak sekedar mengubah undang-undang semata tetapi juga memodifikasi sistem peradilan pidana yang ada, sehingga semua tujuan yang dikehendaki oleh hukum pun tercapai.

Peraturan perundang-undangan yang telah dibuat oleh pemerintah Indonesia untuk memberikan perlindungan hak terhadap anak antara lain: Undang-Undang No. 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak dimana secara substansinya Undang-Undang tersebut mengatur hak-hak anak yang berupa, hak hidup, hak atas nama, hak pendidikan, hak kesehatan dasar, hak untuk beribadah menurut agamanya, hak berekspresi, berpikir, bermain, berkreasi, beristirahat, bergaul dan hak jaminan sosial. Khusus terhadap anak yang berhadapan dengan hukum setelah dilakukannya ratifikasi atas Konvensi Hak-Hak Anak oleh Pemerintah Indonesia dengan mengeluarkan Keppres Nomor 36 Tahun 1990, maka secara hukum menimbulkan kewajiban kepada Indonesia (negara peserta) untuk mengimplementasikan hak-hak anak tersebut dengan menyerapnya ke dalam hukum nasional, Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang telah diubah dengan Undang Undang No. 35 Tahun 2014 tentang

Perubahan Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak serta Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak sebagai pengganti Undang-Undang No. 3 Tahun 1997 tentang Peradilan Anak.

Berkenaan dengan istilah sistem peradilan pidana atau *criminal justice system* tidak terpisah dari istilah sistem yang digambarkan oleh Davies, et. al sebagai "*the word system conveys an impression of a complex to end*" artinya bahwa kata *system* menunjukkan adanya suatu kesan dari objek yang kompleks lainnya dan berjalan dari awal sampai akhir, oleh karena itu dalam mewujudkan tujuan sistem tersebut ada empat instansi yang terkait yaitu kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Keempat komponen tersebut harus bekerja sama secara terpadu (*Integrated Criminal Justice Administration*). Berproses secara terpadu artinya bahwa keempat sub sistem ini bekerja sama berhubungan walaupun masing-masing berdiri sendiri. Polisi selaku penyidik melakukan penyidikan termasuk penyelidikan, penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan surat. Jaksa selaku penuntut umum melakukan penuntutan berdasarkan hasil penyidikan yang disampaikan oleh penyidik. Hakim atas dasar dakwaan penuntut umum melakukan pemeriksaan dalam sidang pengadilan.

Menghadapi dan menangani proses peradilan anak yang terlibat tindak pidana, maka hal yang pertama yang tidak boleh dilupakan adalah melihat kedudukannya sebagai anak dengan semua sifat dan ciri-cirinya yang khusus, dengan demikian orientasi adalah bertolak dari konsep perlindungan terhadap anak dalam proses penanganannya sehingga hal ini akan berpijak pada konsep kesejahteraan anak dan kepentingan anak tersebut. Penanganan anak

dalam proses hukumnya memerlukan pendekatan, pelayanan, perlakuan, perawatan serta perlindungan yang khusus bagi anak dalam upaya memberikan perlindungan hukum terhadap anak yang berhadapan dengan hukum.

Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) tahun 2014²³ merekam dari data polisi dalam setahun ada 7.000 anak yang ditahan. Mereka termasuk dalam proses hukum seperti pemeriksaan dan penyidikan. Menegaskan penahanan terhadap anak karena permasalahan hukum bukanlah sebuah solusi. Selama ini pada tingkat kepolisian, penanganan anak yang berhadapan dengan hukum masih menekankan pada prosedur hukum positif yaitu KUHAP tanpa mempertimbangkan kepentingan anak, akibatnya anak yang berhadapan dengan hukum adakalanya mendapatkan kekerasan dan penganiayaan saat menangkap dan memeriksa dalam proses penyusunan BAP, juga ketika anak-anak ini berada dalam tahanan polisi. Perlakuan polisi yang menangkap dan menginterogasi (memeriksa perkara anak) untuk pembuatan BAP sangat lekat dalam benak anak-anak. Kenangan ini lebih diingat sebagai pengalaman buruk yang menyakitkan tanpa ada sisi positifnya bagi kepentingan anak.²⁴

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak memasukkan Keadilan Restoratif sebagai konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana

²³ Republika Online, 16 Juli 2014.

²⁴ Charles N. Swanson Jr. Neil C. Chamelin, Leonard Terito, *Criminal Investigation*, New York: Random House, 1984, hlm. 4.

yang ada pada saat ini.²⁵ Keadilan restoratif adalah sebuah proses yang bertujuan untuk memberikan hak-hak kepada korban kejahatan. Untuk mencapai tujuan tersebut dilakukan pertemuan antara korban dengan pelaku.²⁶ Penanganan yang dijalankan dengan memperhitungkan pengaruh yang lebih luas terhadap korban, pelaku dan masyarakat dilaksanakan melalui mekanisme diversi.

Berdasarkan uraian di atas perlu untuk lebih mendalami tentang Rekonstruksi Pendekatan *Restoratif Justice System* terhadap Anak yang Berkonflik dengan Hukum yang Berbasis Nilai Keadilan (Studi di Polda Jawa Tengah).



²⁵ Marlina, *Peradilan Pidana Anak di Indonesia, Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*, Bandung: Refika Aditama, 2007, hlm. 95.

²⁶ *Ibid.*

Bab 2

KEADILAN DALAM HUKUM

A. Teori Keadilan

Menurut Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidarta, tujuan hukum tidak bisa dilepaskan dari tujuan akhir hidup bermasyarakat yang tidak dapat dilepaskan dari nilai-nilai dan falsafah hidup yang menjadi dasar hidup masyarakat itu, yang akhirnya bermuara pada keadilan.¹

Pakar hukum Inggris Jeremy Bentham memperkenalkan tentang teori tujuan hukum. Menurut Bentham, hukum bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (*efektif*). Adagiumnya yang terkenal adalah, "*The Greatest happiness for the greatest number*" artinya, "Kebahagiaan yang terbesar untuk jumlah yang terbanyak". Ajaran ini disebut sebagai "*eudaemonisme*" atau "*utilitarisme*". Dalam teori ini diajarkan bahwa hanya dalam ketertibanlah setiap orang akan mendapat kesempatan untuk mewujudkan kebahagiaan yang terbanyak.²

Berkaitan dengan tujuan hukum Achmad Ali mengemukakan: bahwa persoalan tujuan hukum dapat dikaji melalui 3 (tiga) sudut pandang yaitu:³

¹ Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidarta, *Pengantar Ilmu Hukum Suatu Pengenalan Pertama Ruang lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, 2000, hlm. 52.

² Boy Nurdin, *Filsafat Hukum (Tokoh-tokoh Penting Filsafat Sejarah dan Intisari Pemikiran)*, Jakarta: Pustaka Litera AntarNusa, 2014, hlm 19.

³ Achmad Ali, *Mengembara di Belantara Hukum*, Makassar: Lembaga Penerbitan Universitas Hasanudin, 1990, hlm. 99.

1. Dari sudut pandang ilmu hukum positif-normatif, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepastian hukum;
2. Dari sudut pandang falsafah hukum, maka tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan;
3. Dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan.

Pendapat Achmad Ali di atas yang juga mengacu kepada pendapat yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch dengan istilah “tiga ide dasar hukum”, masing-masing: keadilan, kemanfaatan hukum dan kepastian hukum. Kalau dikatakan tujuan hukum adalah sekaligus: keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, tentunya dalam penerapannya di kemudian hari akan timbul benturan antara satu dengan lainnya. Untuk mengetahui bagaimana seharusnya hubungan antara: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, Radburch mengenal asas “prioritas” yakni yang pertama-tama wajib diprioritaskan adalah “keadilan”, baru kemudian “kemanfaatan” dan yang terakhir adalah “kepastian hukum”.⁴

Secara teoritis, terdapat beberapa pendapat mengenai teori tujuan hukum *Pertama*, Teori Etis yang mengajukan tesis bahwa hukum itu semata-mata bertujuan untuk menemukan keadilan. Isi hukum ditentukan oleh keyakinan yang etis tentang apa yang adil dan yang tidak adil. Dengan perkataan lain, hukum bertujuan untuk merealisasikan atau mewujudkan keadilan. Salah seorang pendukung teori ini adalah Geny.⁵ Keprihatinan mendasar dari teori etis ini terfokus pada dua pertanyaan tentang keadilan itu, yakni (1)

⁴ *Ibid.*

⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2010, hlm. 57.

menyangkut hakikat keadilan, dan (2) menyangkut isi atau norma untuk berbuat secara konkrit dalam keadaan tertentu.

Menurut para penganut teori etis ini, bahwa hakikat keadilan itu terletak pada penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan. Dalam hal ini ada dua pihak yang terlibat, yaitu pihak yang memperlakukan dan yang menerima perlakuan. Misalnya, antara orangtua dengan anaknya, majikan dan guru, hakim dan yustisiabel, pemerintah dan warganya serta kreditur dan debitur.⁶ Secara ideal, hakikat keadilan itu tidak hanya dilihat dari satu pihak saja, tetapi harus dilihat dari dua pihak. Namun demikian, kesulitannya terletak pada pemberian batasan terhadap isi keadilan itu. Akibatnya, dalam praktik ada kecenderungan untuk memberikan penilaian terhadap rasa keadilan hanya menurut pihak yang menerima perlakuan saja.

Aristoteles membedakan keadilan menjadi dua macam keadilan, yaitu *justisia distributive* yang menghendaki setiap orang mendapat apa yang menjadi haknya, dan *justisia commutative* yang menghendaki setiap orang mendapat hak yang sama banyaknya (keadilan yang menyamakan). Demikian pula Roscou Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang dapat diberikan kepada masyarakat⁷, berupa pengalokasian sumber-sumber daya kepada anggota-anggota dan kelompok-kelompok dalam masyarakat. *Kedua*, Teori Utilitas. Penganut teori ini antara lain Jeremy Bentham, berpendapat bahwa tujuan hukum adalah untuk menjamin kebahagiaan terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya (*The greatest good of the greatest number*). Pada hakikatnya hukum dimanfaatkan untuk menghasilkan

⁶ *Ibid.*, hlm. 57.

⁷ *Ibid.*, hlm. 58.

sebesar-besarnya kesenangan atau kebahagiaan bagi jumlah orang yang terbanyak. *Ketiga*, Teori Campuran, yang berpendapat bahwa tujuan pokok hukum adalah ketertiban, dan oleh karena itu ketertiban merupakan syarat bagi adanya suatu masyarakat yang teratur. Di samping ketertiban Mochtar Kusumaatmadja berpendapat bahwa tujuan lain dari hukum adalah untuk mencapai keadilan secara berbeda-beda (baik isi maupun ukurannya) menurut masyarakat dan zamannya.⁸

Demikian pula Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto berpendapat bahwa tujuan hukum adalah demi kedamaian hidup antar pribadi yang meliputi ketertiban ekstern antar pribadi dan ketenangan intern pribadi.⁹ Pendapat ini hampir serupa yang diberikan oleh Van Apeldoorn, bahwa pada dasarnya hukum bertujuan untuk mengatur pergaulan hidup manusia secara damai. Sedangkan, Soebekti berpendapat hukum itu mengabdikan kepada tujuan negara untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan bagi rakyatnya. Diasumsi bahwa dengan mengabdikan kepada tujuan negara itu, hukum mewujudkan keadilan dan ketertiban.

Berbagai tujuan yang hendak diwujudkan dalam masyarakat melalui hukum yang dibuat itu, sekaligus menyebabkan tugas maupun fungsi hukum pun semakin beragam. Secara garis besar tujuan-tujuan tersebut meliputi pencapaian suatu masyarakat yang tertib dan damai, mewujudkan keadilan, serta untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan atau kesejahteraan.¹⁰

⁸ *Ibid.*, hlm. 68.

⁹ Purnadi Purbacaraka, dan Soerjono Soekanto, *Kaidah-kaidah Hukum*, Bandung: Alumni, 1978, hlm. 67.

¹⁰ Esmi Warassih, Pranata *Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: Suryandaru Utama, 2005 hlm. 26.

Berbagai pengertian hukum sebagai sistem hukum dikemukakan antara lain oleh Lawrence M. Friedman, bahwa hukum itu merupakan gabungan antara komponen struktur, substansi dan kultur:

1. Komponen struktur yaitu kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum itu dengan berbagai macam fungsi dalam rangka mendukung bekerjanya sistem tersebut. Komponen ini dimungkinkan untuk melihat bagaimana sistem hukum itu memberikan pelayanan terhadap penggarapan bahan-bahan hukum secara teratur
2. Komponen substantif yaitu sebagai output dari sistem hukum, berupa peraturan-peraturan, keputusan-keputusan yang digunakan baik oleh pihak yang mengatur maupun yang diatur
3. Komponen kultural yaitu terdiri dari nilai-nilai dan sikap-sikap yang mempengaruhi bekerjanya hukum, atau oleh Lawrence M. Friedman disebut sebagai kultur hukum. Kultur hukum inilah yang berfungsi sebagai jembatan yang menghubungkan antara peraturan hukum dengan tingkah laku hukum seluruh warga masyarakat.¹¹

Komponen kultur hukum ini hendaknya dibedakan antara *internal legal culture* yaitu kultur hukum para *lawyers and judges*, dan *external legal culture* yaitu kultur hukum masyarakat luas.¹²

Selain itu, Lon L. Fuller juga berpendapat bahwa untuk mengenal hukum sebagai sistem maka harus dicermati apakah ia memenuhi delapan (8) azas atau *principles of legality* berikut ini:

¹¹ Lawrence M. Friedman, *Op. Cit.*, hlm. 17.

¹² *Ibid.*

1. Sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan artinya ia tidak boleh mengandung sekadar keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*;
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan;
3. Peraturan tidak boleh berlaku surut;
4. Peraturan-peraturan disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti;
5. Suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain;
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
7. Peraturan tidak boleh sering dirubah-rubah;
8. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.¹³

Selanjutnya, apabila kita mulai bicara tentang hukum sebagai suatu sistem norma. Norma adalah suatu ukuran yang harus dipatuhi oleh seseorang dalam hubungannya dengan sesamanya ataupun lingkungannya. Istilah norma, yang berasal dari bahasa Latin, atau kaidah dalam bahasa Arab, dan sering juga disebut dengan pedoman, patokan, atau aturan dalam bahasa Indonesia. Dalam perkembangannya, norma itu diartikan sebagai suatu ukuran atau patokan bagi seseorang dalam bertindak atau bertingkah laku dalam masyarakat. Jadi, dengan pengertian pendek norma adalah segala aturan yang harus dipatuhi. Suatu norma baru ada apabila terdapat lebih dari satu orang, karena norma itu pada dasarnya mengatur tata

¹³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Edisi Revisi, New Haven & London: Yale University Press, 1971, hlm. 38-39.

cara bertingkah laku seseorang terhadap orang lain, atau terhadap lingkungannya. Setiap norma itu mengandung suruhan-suruhan (penyuruhan-penyuruhan) yang di dalam bahasa asingnya sering disebut dengan *das Sollen* (*ought to be/ought to do*) yang di dalam bahasa Indonesia sering dirumuskan dengan istilah “hendaknya”. Norma hukum itu dapat dibentuk secara tertulis ataupun tidak tertulis oleh lembaga-lembaga yang berwenang membentuknya, sedangkan norma-norma moral, adat, agama, dan lainnya terjadi secara tidak tertulis, tumbuh dan berkembang dari kebiasaan-kebiasaan yang ada dalam masyarakat. Fakta-fakta kebiasaan yang terjadi mengenai sesuatu yang baik dan buruk, yang berulang kali terjadi, sehingga ini selalu sesuai dengan rasa keadilan dalam masyarakat tersebut, berbeda dengan norma-norma hukum negara yang kadang-kadang tidak selalu sesuai dengan rasa keadilan/pendapat masyarakat.¹⁴

Hans Kalsen berpendapat bahwa suatu norma dibuat menurut norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi ini pun dibuat menurut norma yang lebih tinggi lagi, dan demikian seterusnya sampai kita berhenti pada norma yang tertinggi yang tidak dibuat oleh norma lagi melainkan ditetapkan terlebih dulu keberadaannya oleh masyarakat atau rakyat.

Hans Kalsen menamakan norma tertinggi tersebut sebagai *Grundnorm* atau *Basic Norm* (Norma Dasar), dan *Grundnorm* pada dasarnya tidak berubah-ubah. Untuk mengatakan bahwa hukum merupakan suatu sistem norma, maka Kalsen menghendaki agar obyek hukum bersifat

¹⁴ Maria Farida Indrata Soeprapto, *Ilmu Perundang-Undangan: Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta: Penerbit Kansius, 1998, hlm. 6.

empiris dan dapat ditelaah secara logis, sedangkan sumber yang mengandung penilaian etis diletakkan di luar kajian hukum atau bersifat *trancenden* terhadap hukum positif, dan oleh karenanya kajiannya bersifat meta-yuridis.¹⁵

Dengan adanya *Grundnorm* atau *Basic Norm* ini, maka Hans Kalsen mengatakan, bahwa *basic norm's as the source of validity and as the source of unity of legal systems*.¹⁶ Melalui *Grundnorm* inilah semua peraturan hukum itu disusun dalam satu kesatuan secara hierarkis, dan dengan demikian ia juga merupakan suatu sistem. *Grundnorm* merupakan sumber nilai bagi adanya sistem hukum, sehingga ia merupakan “bensin” yang menggerakkan seluruh sistem hukum. Di samping itu, *Grundnorm* menyebabkan terjadinya keterhubungan internal dari adanya sistem hukum. Di samping itu, *Grundnorm* menyebabkan terjadinya keterhubungan internal dari adanya sistem. Sedangkan, terminologi “norma” itu sendiri, oleh Hans Kalsen, kurang lebih diartikan sebagai ungkapan/gagasan dari ide yang di mana masing-masing individu harus melakukan dalam berbagai cara. (*The expression of the idea ... that an individual ought to behave in a certain way*¹⁷) Fungsi norma adalah perintah (*commando*), yang diperbolehkan (*permissions*), otoritas dan wewenang (*authorizations and derogating norms*).

Hukum positif hanyalah perwujudan dari adanya norma-norma dan dalam rangka untuk menyampaikan norma-norma hukum. Hans Kalsen mengatakan, “.... every law is a norm”

¹⁵ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif*, Terjemahan Raisul Muttaqien, Bandung: Nusamedia & Nuansa, 2006, hlm. 11.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 12.

¹⁷ Y.W. Harris, *Law and Legal Science*, Oxford: Clarendon Press, 1982, hlm. 36-57.

Perwujudan norma tampak sebagai suatu bangunan atau susunan yang berjenjang mulai dari norma positif tertinggi hingga pewujudan yang paling rendah yang disebut sebagai *individual norm*. Teori Hans Kelsen yang membentuk bangunan berjenjang tersebut disebut juga *stufen theory*. Akhirnya, norma-norma yang terkandung dalam hukum positif itu pun harus dapat ditelusuri kembali sampai pada norma yang paling dasar yaitu *Grundnorm*. Oleh karena itu, dalam tata susunan norma hukum tidak dibenarkan adanya kontradiksi antara norma hukum yang lebih rendah dengan norma hukum yang lebih tinggi. Agar keberadaan hukum sebagai suatu sistem tetap dapat dipertahankan, maka ia harus mampu mewujudkan tingkat kegunaan (*efficaces*) secara minimum. *Efficacy* suatu norma ini dapat terwujud apabila (1) ketaatan warga dipandang sebagai suatu kewajiban yang dipaksakan oleh norma, dan (2) perlu adanya persyaratan berupa sanksi yang diberikan oleh norma.

Keadilan restoratif (*restorative justice*) telah menjadi suatu konsep baru yang telah banyak diterima oleh masyarakat di dunia untuk dijadikan sebagai suatu *inspiring* dalam sistem pemidanaan. Di samping konsep, keadilan restoratif (*restorative justice*) telah dijadikan pula sebagai suatu model atau mekanisme penegakan hukum pidana melalui pendekatan keadilan restoratif. Dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, keadilan restoratif telah diadopsi salah satunya yaitu dalam sistem peradilan pidana anak yang terakomodir di dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Di dalam Pasal 1 ayat (7) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak didefinisikan, keadilan restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan

pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Di dalam Konsideran Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak jelas disebutkan, Indonesia sebagai Negara Pihak dalam Konvensi Hak-Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) yang mengatur prinsip perlindungan hukum terhadap anak mempunyai kewajiban untuk memberikan perlindungan khusus terhadap anak yang berhadapan dengan hukum. Ditematkannya anak sebagai suatu relasi yang khusus dalam sistem peradilan pidana, mengingat anak adalah bagian yang tidak terpisahkan dari keberlangsungan hidup manusia dan keberlangsungan sebuah bangsa dan negara.

B. Perlindungan Hukum

Teori perlindungan hukum merupakan salah satu teori yang sangat penting untuk dikaji, karena fokus kajian teori ini pada perlindungan hukum yang diberikan kepada masyarakat. Masyarakat yang didasarkan pada teori ini, yaitu masyarakat yang berada pada posisi yang lemah, baik secara ekonomis maupun lemah dari aspek yuridis.

Istilah teori perlindungan hukum berasal dari bahasa Inggris, yaitu *legal protection theory*, sedangkan dalam bahasa Belanda, disebut dengan *theorie van de wettelijke bescherming*, dan dalam bahasa Jerman disebut dengan *theorie der rechtliche schutz*. Secara gramatikal, perlindungan adalah:

1. Tempat berlindung; atau
2. Hal (perbuatan) memperlindungi.

Memperlindungi adalah menyebabkan atau menyebabkan berlindung. Arti berlindung, meliputi: (1) menempatkan dirinya supaya tidak terlihat, (2) bersembunyi, atau (3) minta pertolongan. Sementara itu, pengertian melindungi, meliputi: (1) menutupi supaya tidak terlihat atau tampak, (2) menjaga, merawat atau memelihara, (3) menyelamatkan atau memberikan pertolongan.

Pengertian perlindungan dapat dikaji dari rumusan yang tercantum dalam perundang-undangan berikut ini. Dalam Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga telah disajikan rumusan tentang perlindungan. Perlindungan adalah:

“Segala upaya yang ditujukan untuk memberikan rasa aman kepada korban yang dilakukan oleh pihak keluarga, advokat, lembaga sosial, kepolisian, kejaksaan, pengadilan, atau pihak lainnya baik sementara maupun berdasarkan penetapan pengadilan.”

Pengertian perlindungan dalam konsep ini difokuskan kepada:

1. Tujuan;
2. Pihak yang melindungi korban; dan
3. Sifatnya.

Tujuan perlindungan adalah memberikan rasa aman bagi korban. Rasa aman adalah bebas dari bahaya, bebas dari gangguan, tenteram, tidak merasa takut atau khawatir terhadap suatu hal. Sementara itu, yang berhak memberikan perlindungan, meliputi:

1. Pihak keluarga;
2. Advokat;
3. Lembaga sosial;
4. Kepolisian;
5. Kejaksaan;
6. Pengadilan; atau
7. Pihak lainnya.

Sifat perlindungan dibagi menjadi dua macam, yaitu:

1. Perlindungan sementara;
2. Adanya perintah pengadilan.

Perlindungan sementara adalah:

“Perlindungan yang langsung diberikan oleh kepolisian dan/atau lembaga sosial atau pihak lain, sebelum dikeluarkannya penetapan perintah perlindungan dari pengadilan.

Perintah Perlindungan adalah penetapan yang dikeluarkan oleh Pengadilan untuk memberikan perlindungan kepada korban. Di samping rumusan itu, dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 2002 tentang Tata Cara Perlindungan terhadap Korban dan Saksi dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat telah disajikan rumusan perlindungan. Perlindungan adalah:

“Suatu bentuk pelayanan yang wajib dilaksanakan oleh aparat penegak hukum atau aparat keamanan untuk memberikan rasa aman baik fisik maupun mental, kepada korban dan saksi, dari ancaman, gangguan, teror, dan kekerasan dari pihak mana pun, yang diberikan pada

tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan atau pemeriksaan di sidang pengadilan.”

Dalam rumusan ini, perlindungan dikonstruksikan sebagai:

1. Bentuk pelayanan; dan
2. Subjek yang dilindungi.

Yang memberikan pelayanan, yaitu:

1. Aparat penegak hukum; atau
2. Aparat keamanan.

Wujud pelayanannya, yaitu memberikan rasa aman, baik fisik maupun mental kepada korban dan saksi. Korban adalah:

“Orang perseorangan atau kelompok orang yang mengalami penderitaan sebagai akibat pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang memerlukan perlindungan fisik dan mental dari ancaman, gangguan, teror, dan kekerasan dari pihak mana pun”.

Saksi adalah:

“Orang yang dapat memberikan keterangan guna kepentingan penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan atau pemeriksaan di sidang pengadilan tentang perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang ia dengar sendiri, lihat sendiri, dan alami sendiri, yang memerlukan perlindungan fisik dan mental dari ancaman, gangguan teror, dan kekerasan dari pihak mana pun.”

Unsur-unsur saksi, meliputi:

1. Orang yang memberikan keterangan;
2. Untuk kepentingan:
 - a. Penyelidikan,
 - b. Penyidikan,
 - c. Penuntutan, dan/atau
 - d. Pemeriksaan di sidang pengadilan; dan
3. Wujud perlindungannya, yaitu fisik dan mental.

Menurut Satijipto Raharjo, perlindungan hukum adalah:

“Memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.”

Maria Theresia Geme mengartikan perlindungan hukum adalah:

“Berkaitan dengan tindakan negara untuk melakukan sesuatu dengan (memberlakukan hukum negara secara eksklusif) dengan tujuan untuk memberikan jaminan kepastian hak-hak seseorang atau kelompok orang.”

Definisi perlindungan dalam definisi di atas, kurang lengkap karena bentuk perlindungan dan subjek yang dilindungi berbeda antara satu dengan lainnya. Menurut hemat penulis, perlindungan adalah:

“Upaya atau bentuk pelayanan yang diberikan oleh hukum kepada subjek hukum serta hal-hal yang menjadi objek yang dilindungi.”

Sementara itu, pengertian hukum dapat dikaji dari norma yang tercantum dalam undang-undang dan norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

Sajian di atas, hanya baru menyajikan tentang konsep perlindungan dan hukum, sementara itu, konsep tentang teori perlindungan hukum tidak tampak dalam definisi di atas. Oleh karena itu, berikut ini disajikan definisi teori perlindungan hukum. Teori perlindungan hukum merupakan:

“Teori yang mengkaji dan menganalisis tentang wujud atau bentuk atau tujuan perlindungan, subjek hukum yang dilindungi serta objek perlindungan yang diberikan oleh hukum kepada subjeknya.”

Unsur-unsur yang tercantum dalam definisi teori perlindungan hukum, meliputi:

1. Adanya wujud atau bentuk perlindungan atau tujuan perlindungan;
2. Subjek hukum; dan
3. Objek perlindungan hukum.

Dalam setiap perundang-undangan, yang menjadi wujud atau bentuk atau tujuan perlindungan yang diberikan kepada subjek dan objek perlindungannya berbeda antara satu dengan yang lainnya. Dalam Undang-Undang Perlindungan Anak, yang menjadi tujuan perlindungan terhadap anak, yaitu untuk menjamin terpenuhinya:

1. Hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan; serta

2. Mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera.

Subjek perlindungan dalam UU Perlindungan Anak adalah anak. Objek perlindungannya, yaitu hak-hak setiap anak. Kalau hak-hak anak dilanggar, maka anak tersebut berhak mendapat perlindungan. Subjek yang berhak memberikan perlindungan pada anak, meliputi:

1. Negara
2. Pemerintah;
3. Masyarakat;
4. Keluarga;
5. Orangtua;
6. Lembaga sosial.

Dalam Undang-Undang Tenaga kerja, yang menjadi subjek perlindungannya, yaitu tenaga kerja. Sementara itu, yang menjadi objek perlindungannya, meliputi:

1. Upah dan kesejahteraan;
2. Syarat-syarat kerja; serta
3. Perselisihan yang timbul menjadi tanggung jawab perusahaan penyedia jasa pekerja/buruh.

Secara teoretis, bentuk perlindungan hukum dibagi menjadi dua bentuk, yaitu:

1. Perlindungan yang bersifat preventif; dan
2. Perlindungan refresif.

Perlindungan hukum yang preventif merupakan perlindungan hukum yang sifatnya pencegahan. Perlindungan

memberikan kesempatan kepada rakyat untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atas pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintahan mendapat bentuk yang definitif. Sehingga, perlindungan hukum ini bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa dan sangat besar artinya bagi tindak pemerintah yang didasarkan pada kebebasan bertindak. Dan dengan adanya perlindungan hukum yang preventif ini mendorong pemerintah untuk berhati-hati dalam mengambil keputusan yang berkaitan dengan asas *freies ermessen*, dan rakyat dapat mengajukan keberatan atau dimintai pendapatnya mengenai rencana keputusan tersebut.

Perlindungan hukum yang represif berfungsi untuk menyelesaikan apabila terjadi sengketa. Indonesia dewasa ini terdapat berbagai badan yang secara parsial menangani perlindungan hukum bagi rakyat, yang dikelompokkan menjadi dua badan, yaitu:

1. Pengadilan dalam lingkup Peradilan Umum; dan
2. Instansi Pemerintah yang merupakan lembaga banding administrasi.

Penanganan perlindungan hukum bagi rakyat melalui instansi pemerintah yang merupakan lembaga banding administrasi adalah permintaan banding terhadap suatu tindak pemerintah oleh pihak yang merasa dirugikan oleh tindakan pemerintah tersebut. Instansi pemerintah yang berwenang untuk mengubah bahkan dapat membatalkan tindakan pemerintah tersebut.

Di dalam peraturan perundang-undangan telah ditentukan bentuk-bentuk perlindungan yang diberikan kepada masyarakat atas adanya kesewenang-wenangan dari pihak lainnya, baik itu penguasa, pengusaha, maupun orang

yang mempunyai ekonomi lebih baik dari pihak korban. Pada prinsipnya, perlindungan hukum terhadap pihak yang lemah selalu dikaitkan dengan perlindungan terhadap hak-hak pihak yang lemah atau korban. Peraturan perundang-undangan yang mengatur bentuk perlindungan hukum bagi masyarakat, meliputi:

1. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak;
2. Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan.

Secara filosofis, keberadaan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak adalah untuk melindungi anak. Perlindungan anak adalah:

“Segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.”

Di dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak telah diatur hak-hak anak yang perlu mendapat perlindungan hukum. Hak-hak anak yang dilindungi oleh hukum, disajikan berikut ini:

1. Perlindungan terhadap diskriminasi.
2. Perlindungan terhadap eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual.
3. Perlindungan penelantaran.
4. Perlindungan kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan.
5. Perlindungan terhadap ketidakadilan.
6. Perlindungan terhadap perlakuan salah lainnya.

7. Perlindungan terhadap penyalahgunaan dalam kegiatan politik.
8. Perlindungan terhadap pelibatan dalam sengketa bersenjata.
9. Perlindungan terhadap pelibatan dalam kerusuhan sosial.
10. Perlindungan terhadap pelibatan dalam peristiwa yang mengandung unsur kekerasan.
11. Perlindungan terhadap pelibatan dalam peperangan.
12. Perlindungan dari sasaran penganiayaan, penyiksaan, atau penjatuhan hukuman yang tidak manusiawi.
13. Perlindungan untuk beribadah menurut agamanya.

C. Teori-teori yang Menganalisis tentang Perlindungan Hukum

Pada dasarnya, teori perlindungan hukum merupakan teori yang berkaitan pemberian pelayanan kepada masyarakat. Roscou Pound mengemukakan hukum merupakan alat rekayasa sosial (*lawas tool of sosial enggining*). Kepentingan manusia, adalah suatu tuntutan yang dilindungi dan dipenuhi manusia dalam bidang hukum.

Roscou Pound membagi kepentingan manusia yang dilindungi hukum menjadi tiga macam, yang meliputi:

1. *Public interest* (kepentingan umum);
2. *Sosial interest* (kepentingan masyarakat); dan
3. *Privat interest* (kepentingan individual).

Kepentingan umum (*public interest*) yang utama, meliputi:

1. Kepentingan dari negara sebagai badan hukum dalam mempertahankan kepribadian dan substansinya; dan

2. Kepentingan-kepentingan dari negara sebagai penjaga kepentingan masyarakat.

Ada enam kepentingan masyarakat (*sosial interest*) yang dilindungi oleh hukum. Kepentingan itu, disajikan berikut ini:

1. Kepentingan masyarakat bagi keselamatan umum, seperti:
 - a. Keamanan
 - b. Kesehatan;
 - c. Kesejahteraan; dan
 - d. Jaminan bagi transaksi-transaksi dan pendapatan.
2. Kepentingan bagi lembaga-lembaga sosial, yang meliputi perlindungan dalam bidang:
 - a. Perkawinan;
 - b. Politik, seperti kebebasan berbicara; atau
 - c. Ekonomi.
3. Kepentingan masyarakat terhadap kerusakan moral, seperti:
 - a. Korupsi
 - b. Perjudian
 - c. Pengumpatan terhadap Tuhan
 - d. Tidak sahnya transaksi-transaksi yang bertentangan dengan moral yang baik;
 - e. Peraturan yang membatasi tindakan-tindakan anggota *trust*;
4. Kepentingan masyarakat dalam pemeliharaan sumber sosial, seperti menolak perlindungan hukum bagi penyalahgunaan hak (*abuse of right*);
5. Kepentingan masyarakat dalam kemajuan umum, seperti perlindungan pada:

- a. Hak milik;
 - b. Perdagangan bebas dan monopoli;
 - c. Kemerdekaan industri; dan
 - d. Penemuan baru;
6. Kepentingan masyarakat dalam kehidupan manusia secara individual, seperti perlindungan terhadap:
- a. Kehidupan yang layak;
 - b. Kemerdekaan berbicara; dan
 - c. Memilih jabatan.

Ada tiga macam kepentingan individual (*privaat interest*), yang perlu mendapat perlindungan hukum. Ketiga macam perlindungan itu, disajikan berikut ini:

1. Kepentingan kepribadian (*interests of personality*), meliputi perlindungan terhadap:
 - a. Integritas (keutuhan) fisik
 - b. Kemerdekaan kehendak;
 - c. Reputasi (nama baik);
 - d. Terjaminnya rahasia-rahasia pribadi;
 - e. Kemerdekaan untuk menjalankan agama yang dianutnya; dan
 - f. Kemerdekaan mengemukakan pendapat.
2. Kepentingan dalam hubungan rumah tangga (*interests in domestic*), meliputi:
 - a. Perlindungan bagi perkawinan
 - b. Tuntutan bagi pemeliharaan keluarga; dan
 - c. Hubungan hukum antara orangtua dan anak-anak.
3. Kepentingan substansi (*interest of substance*), meliputi perlindungan terhadap:
 - a. Harta;
 - b. Kemerdekaan dalam penyusunan testamen;

- c. Kemerdekaan industri dan kontrak; dan
- d. Pengharapan legal akan keuntungan-keuntungan yang diperoleh.

Manfaat adanya klasifikasi kepentingan hukum menjadi tiga macam di atas, adalah karena:

1. Hukum sebagai instrumen kepentingan sosial;
2. Membantu membuat premis-premis yang tidak terang menjadi jelas; dan
3. Membuat legislator (pembuat undang-undang) menjadi sadar akan prinsip-prinsip dan nilai-nilai yang terkait dalam tiap-tiap persoalan yang khusus.

Hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia berbeda dengan norma-norma yang lain. Karena hukum itu berisi perintah dan/atau larangan, serta membagi hak dan kewajiban.

Sudikno Mertokusumo mengemukakan tidak hanya tentang tujuan hukum, tetapi juga tentang fungsi hukum dan perlindungan hukum. Ia berpendapat bahwa:

“Dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.”

Ada tiga hal yang dapat dianalisis dari pandangan Sudikno Mertokusumo. Ketiga hal itu, meliputi:

1. Fungsi hukum;
2. Tujuan hukum; dan
3. Tugas.

Fungsi hukum adalah melindungi kepentingan manusia. Tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang:

1. Tertib;
2. Ketertiban; dan
3. Keseimbangan.

Masyarakat yang tertib merupakan masyarakat yang teratur, sopan, dan menaati berbagai peraturan perundang-undangan dan peraturan yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Ketertiban suatu keadaan di mana masyarakatnya hidup serba teratur baik. Keseimbangan adalah suatu keadaan masyarakat, di mana masyarakatnya hidup dalam keadaan seimbang dan sebanding artinya tidak ada masyarakat yang dibedakan antara satu dengan yang lainnya (sama rasa).

Tugas hukum yang utama adalah:

1. Membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat;
2. Membagi wewenang;
3. Mengatur cara memecahkan masalah hukum; dan
4. Memelihara kepastian hukum.

Antonio Fortin menyajikan tentang teori perlindungan hukum. Antonio Fortin mengemukakan:

“Pentingnya perlindungan internasional hak asasi manusia. Perlindungan internasional berarti suatu perlindungan secara langsung kepada individu yang dilakukan oleh badan-badan yang ada dalam masyarakat internasional. Perlindungan semacam itu dapat didasarkan kepada konvensi internasional, hukum kebiasaan internasional atau prinsip-prinsip umum hukum internasional. Dipandang dari segi tujuan dari dilakukannya tindakan perlindungan, perlindungan internasional dapat dikelompokkan ke dalam tiga kategori utama, yang meliputi antisipatoris atau preventif, kuratif atau mitigasi, dan pemulihan atau kompensatoris.”

Ada tiga hal yang dikaji oleh Antonio Fortin, yang meliputi:

1. Bentuk perlindungan internasional;
2. Landasan dalam perlindungan internasional; dan
3. Tujuan perlindungan internasional.



Bab 3

KONSEP DASAR *RESTORATIVE JUSTICE*

A. Pengertian dan Bentuk *Restorative Justice*

Hukum merupakan jaminan bagi kegiatan perlindungan anak. Arif Gosita¹ mengemukakan bahwa kepastian hukum perlu diusahakan demi kelangsungan kegiatan perlindungan anak dan mencegah penyelewengan yang membawa akibat negatif yang tidak diinginkan dalam pelaksanaan perlindungan anak. Menyadari betapa pentingnya kedudukan anak sepantasnya terhadap anak perlu mendapatkan perlindungan, termasuk di dalamnya adalah perlindungan hukum dalam proses peradilan. Salah satu bentuk perlindungan bagi anak dalam proses peradilan adalah upaya untuk melepaskan anak dari proses pengadilan yang berakhir dengan hukuman, melalui pendekatan *restorative justice* sebagai sebuah pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan kepada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini.

Dalam berbagai asas dan model pendekatan *restorative justice*, proses dialog antara pelaku dan korban merupakan modal dasar dan bagian terpenting dari penerapan keadilan ini. Dialog langsung antara pelaku dan korban menjadikan

¹ Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Anak*, Jakarta: Akademi Pressindo, 1989, hlm. 19.

korban dapat mengungkapkan apa yang dirasakannya, mengemukakan harapan akan terpenuhinya hak-hak dan keinginan-keinginan dari suatu penyelesaian perkara pidana. Melalui dialog juga pelaku diharapkan tergugah hatinya untuk mengoreksi diri, menyadari kesalahannya dan menerima tanggung jawab sebagai konsekuensi dari tindak pidana yang dilakukan dengan penuh kesadaran. Dari proses dialog ini pula masyarakat dapat turut serta berpartisipasi dalam mewujudkan hasil kesepakatan dan memantau pelaksanaannya. Maka dari itu pada dasarnya *restorative justice* dikenal juga dengan penyelesaian perkara melalui mediasi (mediasi penal).

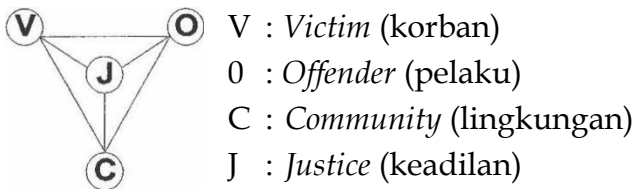
Menurut Fruin J.A sebagaimana dikutip oleh Paulus Hadisuprpto, peradilan anak restoratif berangkat dari asumsi bahwa tanggapan atau reaksi terhadap pelaku delinkuensi anak tidak akan efektif tanpa adanya kerja sama dan keterlibatan dari korban, pelaku dan masyarakat. Prinsip yang menjadi dasar adalah bahwa keadilan paling baik terlayani, apabila setiap pihak menerima perhatian secara adil dan seimbang, aktif dilibatkan dalam proses peradilan dan memperoleh keuntungan secara memadai dari interaksi mereka dengan sistem peradilan anak.² Selanjutnya Tony F. Marshall, sebagaimana dikutip oleh Paulus Hadi Suprpto menjelaskan bahwa, "*Restorative Justice is a process where by parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.*" Artinya keadilan restoratif adalah suatu proses di mana semua pihak yang terlibat dalam suatu

² Paulus Hadisuprpto, *Delinkuensi Anak, Pemahaman dan Penanggulangannya*, Malang: Bayumedia Publishing, 2008, hlm. 53.

tindak pidana tertentu bersama-sama memecahkan masalah bagaimana menangani akibat di masa yang akan datang.

Ahli kriminologi berkebangsaan Inggris Tony F. Marshall dalam tulisannya mengemukakan bahwa definisi dari *restorative justice*³ adalah, "*Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future*" (*restorative justice* adalah sebuah proses di mana semua pihak yang berkepentingan dalam pelanggaran tertentu bertemu bersama untuk menyelesaikan secara bersama-sama bagaimana menyelesaikan akibat dari pelanggaran tersebut demi kepentingan masa depan).

Untuk menggambarkan definisi tersebut dalam tulisannya yang lain Tony F. Marshall membuat segitiga *restorative justice* sebagai berikut:



Gambar ini memperlihatkan semua elemen yang terlibat dalam penyelesaian perkara anak harus saling bersinergi dan mempunyai tujuan yang sama yaitu keadilan baik untuk anak sebagai *offender*, anak sebagai *victim* maupun *community*.

³ Tony F. Marshall, *Restorative Justicean Overview*, Minnesota: University of Minnesota, 1998, hlm. 1, Dikutip oleh Marlina, "Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia (Suatu Studi di Kota Medan)", *Disertasi*, Sumatera Utara: Universitas Sumatera Utara, 2006, hlm. 170.

Sejarah perkembangan hukum modern penerapan *restorative justice* diawali dari pelaksanaan sebuah program penyelesaian di luar peradilan tradisional yang dilakukan masyarakat yang disebut dengan *victim offender mediation* yang dimulai pada tahun 1970-an di negara Canada.⁴ Program ini awalnya dilaksanakan sebagai tindakan alternatif dalam menghukum pelaku kriminal anak, di mana sebelum dilaksanakan hukuman pelaku dan korban diizinkan bertemu untuk menyusun usulan hukuman yang menjadi salah satu pertimbangan dari sekian banyak pertimbangan hakim. Program ini menganggap pelaku akan mendapatkan keuntungan dan manfaat dari tahapan ini dan korban juga akan mendapatkan perhatian dan manfaat secara khusus sehingga dapat menurunkan jumlah residivis di kalangan pelaku anak dan meningkatkan jumlah anak bertanggung jawab dalam memberikan ganti rugi pada pihak korban. Dari pelaksanaan program tersebut diperoleh hasil tingkat kepuasan yang lebih tinggi bagi korban dan pelaku daripada saat mereka menjalani proses peradilan tradisional.

Para pengamat dan praktisi yang membahas tentang *restorative justice* menyimpulkan selama ini korban secara esensial tidak diikutsertakan dalam proses peradilan pidana tradisional. Para korban hanya dibutuhkan sebagai saksi jika diperlukan, tapi dalam kebijakan pengambilan keputusan mereka tidak dilibatkan sama sekali. Pengambilan keputusan hanya dilakukan oleh hakim berdasarkan pemeriksaan selama proses pengadilan. Bagi pelaku keterlibatan mereka dalam pengadilan hanya bersifat pasif

⁴ Elmar G.M Weitekamp & Hans-Jiirgen Kerner, *Restorative Justice in Context International Practices and Directions*, UK: Willan Publishing, First, Edition, 2001. Dikutip oleh Marlina, *Op. Cit.*, hlm. 174.

saja, kebanyakan peran dan partisipasi mereka diwakili dan disuarakan oleh pihak pengacaranya.

Praktik pelaksanaan *victim offender mediation* didapatkan perlakuan dan peran serta yang berbeda dengan peradilan tradisional. Perlakuan tersebut adalah peran serta korban yang terlibat langsung dalam pembuatan kesepakatan hukuman, sehingga dapat menentukan hasil keputusan yang terjadi. Dalam proses *victim offender mediation* bukan hanya korban yang menjadi fokus peran, tapi pelaku juga dilibatkan secara langsung dan dapat berperan dalam perumusan keputusan, sehingga terapresiasi secara nyata dan langsung.

Program *restorative justice* telah berkembang dengan pesat (*proliferating*) ke seluruh penjuru dunia dalam waktu singkat. Titik awal untuk merubah sistem peradilan anak di beberapa negara dan alasan yang dikemukakan terhadap penanganan pelaku anak merupakan alasan untuk menerapkan konsep baru yaitu *restorative justice*. Konsep ini relevan untuk transformasi semua bagian data sistem peradilan pidana kepada proses yang tepat artinya pada setiap tingkatan peradilan atau lembaga dari aparat penegak hukum yang termasuk dalam sistem peradilan pidana dapat dialihkan kepada proses *restorative justice*.

Susan Sharpe⁵ seorang ahli berkebangsaan Canada pada tahun 1998 memberikan penjelasan kembali terhadap definisi *restorative justice* dengan 5 prinsip kunci dari *restorative justice* yaitu:

1. *Restorative justice invites full participation and consensus* (*restorative justice* mengandung partisipasi penuh dan

⁵ *Ibid.*, hlm. 175-176.

konsensus), artinya korban dan pelaku dilibatkan dalam perjalanan proses secara aktif, selain itu juga membuka ruang dan kesempatan bagi orang lain yang merasa kepentingan mereka telah terganggu atau terkena imbas (contoh tetangga yang secara tidak langsung merasa tidak aman atas kejahatan tersebut). Undangan untuk ikut serta pada dasarnya tidak mengikat/wajib hanya sebatas sukarela, walaupun demikian tentunya pelaku harus diikutkan. Kalau tidak maka akan berjalanlah proses peradilan tradisional.

2. *Restorative justice seeks to heal what is broken (restorative justice berusaha menyembuhkan kerusakan kerugian yang ada akibat terjadinya tindakan kejahatan)*. Sebuah pertanyaan penting tentang *restorative justice* adalah apakah korban butuh untuk disembuhkan, untuk menutupi dan menguatkan kembali perasaan nyamannya? Korban harus diberikan informasi yang sejelas-jelasnya mengenai proses yang akan dijalannya, mereka perlu mengutarakan dan mengungkapkan perasaan yang dirasakannya kepada orang yang telah merugikannya atau pelaku kriminal dan mereka mengungkapkan hal itu untuk menunjukkan bahwa mereka butuh perbaikan. Pelaku juga butuh penyembuhan, mereka butuh untuk dibebaskan dari kebersalahan dan ketakutan, mereka butuh pemecahan masalah mengenai konflik. Apakah yang sebenarnya dialami atau terjadi padanya yang menjadi permulaan sehingga dia terlibat atau bahkan melakukan kejahatan, dan mereka butuh kesempatan untuk memperbaiki semuanya.
3. *Restorative justice seeks full and direct accountability (restorative justice memberikan pertanggungjawaban*

langsung dari pelaku secara utuh). Pertanggungjawaban bukan hal yang mudah untuk dilakukan, karena pelaku harus mau menunjukkan fakta pengakuannya bahwa dia atau mereka melanggar hukum, dia juga harus menunjukkan kepada orang-orang yang telah dirugikannya atau melihat bagaimana perbuatan yaitu merugikan orang banyak. Dia harus atau diharapkan menjelaskan perilakunya sehingga korban dan masyarakat dapat menanggapi. Dia juga diharapkan untuk mengambil langkah nyata untuk memperbaiki kerusakan dan kerugian tadi.

4. *Restorative justice seeks to recinite what hasbeen devided (restorative justice* mencarikan penyatuan kembali kepada warga masyarakat yang telah terpisah atau terpecah karena tindakan kriminal). Tindakan kriminal telah memisahkan atau memecah orang dengan masyarakatnya, ha lini merupakan salah satu bahaya yang disebabkan. Proses *restorative justice* berusaha menyatukan kembali seseorang atau beberapa orang yang telah terpecah dengan masyarakat ataupun orang yang telah mendapatkan penyisihan atau stigmatisasi, dengan melakukan rekonsiliasi antara korban dengan pelaku dan mengintegrasikan keduanya kembali ke dalam masyarakat. Perspektif *restorative justice* adalah julukan “korban” dan “pelaku” tidak melekat selamanya. Masing-masing harus punya masa depan dan dibebaskan dari masa lalunya Mereka tidak dideklarasikan sebagai peran utama dalam kerusakan, tapi mereka juga disebabkan atau akibat yang menjadi objek penderita.

5. *Restorative justices eeks to streng then the community in order to prevent further harms* (*restorative justice* memberikan ketahanan kepada masyarakat agar dapat mencegah terjadinya tindakan kriminal berikutnya). Kejahatan memang menimbulkan kerusakan dalam masyarakat, tapi selain dari pada itu kejahatan juga membuka tabir keadilan pada norma yang sudah ada untuk menjadi jalan awal memulai keadilan yang sebenarnya bagi semua masyarakat. Karena pada dasarnya semua peristiwa kejahatan dapat disebabkan oleh pengaruh keadaan di luar kehendak diri seseorang, sehingga terciptalah “korban”, “pelaku”, dan perilaku kriminal. Hal tersebut bisa juga disebabkan karena sistem yang ada dalam masyarakat yang mendukung terjadinya kriminal seperti rasial, keadilan ekonomi, yang bahkan di luar perilaku seseorang pada dasarnya sama sekali. Oleh sebab itu korban dan pelaku hams kembali di tempatkan untuk menjaga keutuhan masyarakat dan membuat tempat yang adil dan aman untuk hidup.

Berikut beberapa prinsip yang terkait dalam konsep *restorative justice* yang termuat dalam *Draft Declaracion of Basic Principles on The Use of Restorative Justice Programmer in Criminal Matters*⁶:

1. Program *restorative justice* berarti beberapa program yang menggunakan proses *restorative* atau mempunyai maksud mencapai hasil *restorative* (*restorative outcome*).
2. *Restorative outcome* adalah sebuah kesepakatan yang dicapai sebagai hasil dari proses *restorative justice*. Contoh: *restitution*, *community service* dan program yang

⁶ *Ibid.*, hlm. 179.

bermaksud memperbaiki korban dan masyarakat dan mengembalikan korban dan atau pelaku.

3. *Restorative process* dalam hal ini adalah suatu proses di mana korban, pelaku dan masyarakat yang diakibatkan oleh kejahatan berpartisipasi aktif bersama-sama dalam membuat penyelesaian masalah kejahatan dan dicampuri oleh pihak ketiga. Contoh proses *restorative mediation, conferencing* dan *circles*.
4. *Purties* dalam hal ini adalah korban, pelaku dan individu lain atau anggota masyarakat yang merasa dirugikan oleh kejahatan yang dilibatkan dalam program *restorative justice*.
5. *Facilitator* dalam hal ini adalah pihak ketiga yang menjalankan fungsi memfasilitasi partisipasi keikutsertaan korban, pelaku dalam pertemuan.

B. Restorative Justice dalam Hukum Positif

Keadilan restoratif merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (dikenal dengan *Alternatif Dispute Resolution/ADR*). ADR pada umumnya digunakan di lingkungan kasus-kasus perdata, tidak untuk kasus-kasus pidana. Berdasarkan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia saat ini (hukum positif) pada prinsipnya kasus pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu, dimungkinkan adanya penyelesaian kasus pidana di luar pengadilan.⁷ Dalam perkembangan wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan hukum pidana di berbagai

⁷ Apong Herlina, et. al., *Perlindungan terhadap Anak yang Berhadapan dengan Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 354.

negara, ada kecenderungan kuat untuk menggunakan mediasi sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah di bidang hukum Pidana.⁸ *International Penal Reform Conference* yang diselenggarakan di Royal Hollowat College, University of London, pada tanggal 13-17 April 1999 mengemukakan, bahwa salah satu unsur kunci dari agenda baru pembaharuan hukum pidana (*the key elements of anew agenda for penal reform*) ialah perlunya memperkaya sistem peradilan formal dengan sistem atau mekanisme informal dalam penyelesaian sengketa yang sesuai dengan standar HAM (*the need to enrich the formal judicial sistem with informal locally based, dispute resolution mechanisms which meet human rights standards*). Konferensi ini juga mengidentifikasi sembilan strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana, yaitu mengembangkan/membangun:

1. *Restorative Justice* (keadilan restoratif)
2. *Alternative Dispute Resolution* (alternatif penyelesaian sengketa)
3. *Informal Justice* (keadilan informal)
4. *Alternatives to Custody* (aternatif penahanan)
5. *Alternative Ways of Dealing with Juveniles* (cara alternatif penyelesaian kasus anak-anak)
6. *Dealing With Violent Crime* (berurusan dengan kejahatan kekerasan)
7. *Reducing The Prison Population* (mengurangi populasi penjara)
8. *The Proper Management of Prisons* (cara yang tepat untuk mengatur sanksi penjara)

⁸ Barda Nawawi Arief, *Restorative Justice: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*, Semarang: Pustaka Magister, 2008, hlm. 2.

9. *The Role of Civil Society in Penal Reform* (peran masyarakat sipil dalam reformasi pemasyarakatan).⁹

Secara jelas keberadaan kekuasaan kehakiman itu baru disebut-sebut oleh Montesquieu dengan menandakan, *"Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control, or the judge would be then the legislator, if joined to executive power, the judge might behave with violence and oppression."*¹⁰

Perlindungan hak asasi manusia khususnya hak-hak anak yang bermasalah/berhadapan dengan hukum diatur dalam UU Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak akan tetapi hampir dalam keseluruhan konstruksi hukum formalnya terdapat paradigma anak yang berhadapan dengan hukum dikriminalisasikan dengan istilah "anak nakal" yang menjadi salah satu alasan pemerintah bersama DPR membentuk UU Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak yang secara efektif berlaku setelah 2 (dua) tahun sejak UU ini diundangkan pada tanggal 30 Juli 2012. Dalam UU No 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, dilaksanakan berdasarkan asas:

1. Perlindungan;
2. Keadilan;
3. Nondiskriminasi;
4. Kepentingan terbaik bagi anak;
5. Penghargaan terhadap pendapat anak;

⁹ Hilaire McCoubrey and Nigel D. White, *Text Book on Jurisprudence*, London: Blackstone Press Limited, 1996, hlm. 15.

¹⁰ Frank E. Hagan, *Introduction to Criminology (Theories, Methods, and Criminal Behavior)*, Chicago: Nelson-Hall, 1989, hlm. 15.

6. Kelangsungan hidup dan tumbuh kembang anak;
7. Pembinaan dan pembimbingan anak;
8. Proporsional;
9. Perampasan kemerdekaan dan pemidanaan sebagai upaya terakhir; dan
10. Penghindaran pembalasan.

Pertimbangan terhadap hak-hak anak sebenarnya merupakan pertimbangan moral yang mempunyai tujuan utama untuk mewujudkan kesejahteraan anak. Konsekuensi untuk mewujudkan kesejahteraan anak tersebut dilakukan dengan mendahulukan atau mengutamakan kepentingan anak. Pemeriksaan terhadap seorang anak yang diduga melakukan tindak pidana harus menjunjung tinggi hak-hak anak. Muncul berbagai konsep-konsep alternatif dalam penanganan anak yang berhadapan dengan dengan hukum antara lain adalah yang dikenal dengan konsep keadilan restoratif. Konsep keadilan restoratif merupakan suatu proses di mana melibatkan semua pihak yang berhubungan dengan tindak pidana tersebut.

Dalam proses peradilan pidana, yang diharapkan adalah proses yang dapat memulihkan, artinya perkara ditangani oleh penegak hukum yang mempunyai minat, perhatian, dedikasi dan memahami masalah anak, dan telah mengikuti pelatihan mewujudkan keadilan restoratif, serta apabila terjadi penahanan terhadap anak yang berhadapan dengan hukum maka harus memperhatikan prinsip-prinsip dasar dari konvensi hak-hak anak yang telah diadopsi ke dalam UU Perlindungan Anak.

Bab 4

KEBIJAKAN HUKUM PIDANA DALAM PENANGANAN ANAK YANG BERHADAPAN DENGAN HUKUM

A. Asas Perlindungan Anak

Pelindungan anak dimaksudkan untuk melindungi dan mengayomi anak yang berhadapan dengan hukum agar anak dapat menyongsong masa depannya yang masih panjang serta memberi kesempatan kepada anak agar melalui pembinaan akan diperoleh jati dirinya untuk menjadi manusia yang mandiri, bertanggung jawab, dan berguna bagi diri sendiri, keluarga, masyarakat, bangsa, dan negara. Perlindungan anak juga meliputi kegiatan yang bersifat langsung dan tidak langsung dari tindakan yang membahayakan anak secara fisik dan/atau psikis. Asas Perlindungan Anak meliputi:

1. Keadilan

Keadilan adalah bahwa setiap penyelesaian perkara anak harus mencerminkan rasa keadilan bagi anak. Semua pihak yang terlibat dalam tindak pidana harus menghindari dan menjauhkan anak dari proses peradilan sehingga dapat menghindari stigmatisasi terhadap anak yang berhadapan dengan hukum dan diharapkan anak dapat kembali ke dalam lingkungan sosial secara wajar. Proses peradilan perkara anak sejak ditangkap, ditahan dan diadili pembinaannya wajib dilakukan oleh pejabat khusus yang benar-benar memahami masalah anak.

Hakim dalam memutus perkara harus yakin benar bahwa putusannya dapat menjadi salah satu dasar yang kuat untuk mengembalikan dan mengantar anak menuju masa depan yang baik untuk mengembangkan dirinya sebagai warga negara yang bertanggung jawab bagi kehidupan keluarga, bangsa dan negara.

2. Nondiskriminasi

Nondiskriminasi adalah tidak adanya perlakuan yang berbeda didasarkan pada suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya dan bahasa, status hukum anak, urutan kelahiran anak, serta kondisi fisik dan/atau mental.

3. Kepentingan Terbaik bagi Anak

Kepentingan terbaik bagi Anak adalah segala tindakan dan pengambilan keputusan yang menyangkut anak, baik yang dilakukan oleh keluarga, masyarakat maupun pemangku hukum, kelangsungan hidup dan tumbuh kembang anak harus selalu menjadi pertimbangan utama.

4. Penghargaan terhadap Pendapat Anak

Penghargaan terhadap pendapat anak adalah untuk memberikan kebebasan kepada anak dalam rangka mengembangkan kreativitas dan intelektualitas nya (daya nalar nya). Penghormatan atas hak anak untuk berpartisipasi dan menyatakan pendapatnya sesuai dengan tingkat usia anak dalam pengambilan keputusan, terutama jika menyangkut hal yang memengaruhi kehidupan anak.

5. Kelangsungan Hidup dan Tumbuh Kembang Anak

Kelangsungan hidup dan tumbuh kembang anak adalah hak asasi yang paling mendasar bagi anak yang

dilindungi oleh negara, pemerintah, masyarakat, keluarga, dan orangtua.

6. Pembinaan dan Pembimbingan Anak

Pembinaan adalah kegiatan untuk meningkatkan kualitas ketakwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa, intelektual, sikap dan perilaku, pelatihan keterampilan, profesional, serta kesehatan jasmani dan rohani anak baik di dalam maupun di luar proses peradilan pidana. Pembimbingan adalah pemberian tuntutan untuk meningkatkan kualitas ketakwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa, intelektual, sikap dan perilaku, pelatihan keterampilan, profesional, serta kesehatan jasmani dan rohani klien pelayan masyarakat.

7. Proporsional

Proporsional adalah segala perlakuan terhadap anak harus memperhatikan batas keperluan, umur, dan kondisi anak. Anak yang berkonflik dengan hukum perlu mendapat bantuan dan perlindungan agar seimbang dan manusiawi. Anak harus diperlakukan sesuai dengan situasi, kondisi mental dan fisik, keadaan sosial dengan kemampuannya pada usia tertentu.

8. Perampasan Kemerdekaan dan Pemidanaan sebagai Upaya Terakhir

Perampasan kemerdekaan merupakan upaya terakhir, maksudnya adalah pada dasarnya anak tidak dapat dirampas kemerdekaannya, kecuali terpaksa guna kepentingan penyelesaian perkara.

9. Penghindaran Pembalasan

Semua pihak yang terlibat dalam tindak pidana (korban, anak, dan masyarakat), dalam mencari solusi untuk memperbaiki, rekonsiliasi, dan menenteramkan

hati tidak berdasarkan pembalasan. Penghindaran pembalasan adalah prinsip menjauhkan upaya pembalasan dalam proses peradilan pidana.

B. Sistem Peradilan Pidana Anak

Sistem Peradilan Pidana dapat digambarkan sebagai suatu sistem yang bertujuan untuk menanggulangi kejahatan, salah satu usaha masyarakat untuk mengendalikan terjadinya kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi yang diterimanya.¹ Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan dan keluhan masyarakat bahwa mereka telah menjadi korban dari suatu kejahatan, dapat diselesaikan dengan diajukannya pelaku ke muka sidang pengadilan dan menerima pidana.²

Dalam sistem peradilan pidana di dalamnya lembaga-lembaga yang bekerja sama dalam sistem ini adalah kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Dalam sistem ini terdapat sub sistem yaitu Polisi sebagai penyidik, Jaksa sebagai penuntut umum, Hakim sebagai pemutus dan lembaga pemasyarakatan yang kesemuanya harus bekerja sama secara erat. Sistem peradilan pidana anak menurut Yahya Harahap adalah sistem pengendalian kenakalan anak (*juvenile delinquency*) yang terdiri dari lembaga-lembaga yang menangani penyelidikan anak, penyidikan anak, penuntutan anak, pengadilan anak dan pemasyarakatan anak.³

¹ Mardjono Reksodiputro, *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta: Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, 2007, hlm. 140.

² *Ibid.*

³ Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Yogyakarta: Pustaka Kartini, 1993, hlm. 5.

Sistem peradilan pidana anak adalah segala unsur sistem peradilan pidana yang terkait di dalam penanganan kasus-kasus kenakalan anak. Pertama, polisi sebagai institusi formal ketika anak nakal pertama kali bersentuhan sistem peradilan, yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses lebih lanjut. Kedua, jaksa dan lembaga pembebasan bersyarat yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses ke pengadilan anak. Ketiga, pengadilan anak, tahapan ketika anak akan ditempatkan dalam pilihan-pilihan, mulai dari dibebaskan sampai dimasukkan dalam institusi penghukuman. Yang terakhir institusi penghukuman.⁴

Sistem peradilan pidana anak menurut UU No. 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak Pasal 1 angka 1 adalah keseluruhan proses penyelesaian perkara anak yang berhadapan dengan hukum, mulai tahap penyelidikan sampai dengan tahap pembinaan setelah menjalani pidana.

Fungsi yang seharusnya dijalankan oleh sistem peradilan pidana terpadu adalah:

1. Melindungi masyarakat melalui upaya penanganan dan pencegahan kejahatan, merehabilitasi pelaku kejahatan, dan melakukan upaya *incapacity* (ketidaksanggupan) terhadap orang yang melakukan ancaman terhadap masyarakat;
2. Menegakkan dan memajukan *the rule of law* dan penghormatan pada hukum, dengan menjamin adanya *due*

⁴ Robert C. Trajanowicz and Marry Morash, *Juvenile Delinquency: Concepts and Control*, New Jersey: Prentice Hall, 1992, hlm. 175-176, dalam Purnianti, Mamik Sri Supatmi dan Ni Made Martini Tinduk, *Analisa Situasi Sistem Peradilan Anak (Juvenile Justice System) di Indonesia*, Indonesia: UNICEF, 2003, hlm. 5.

process of law dan perlakuan yang wajar bagi tersangka, terdakwa dan terpidana, melakukan penuntutan dan membebaskan orang tidak bersalah yang dituduh melakukan kejahatan;

3. Menjaga hukum dan ketertiban.
4. Menghukum pelaku kejahatan sesuai dengan falsafah pemidanaan yang dianut;
5. Membantu dan memberi nasihat pada korban kejahatan.

Berangkat dari pemikiran Muladi maka tujuan sistem peradilan pidana anak terpadu lebih ditekankan kepada upaya pertama, resosialisasi dan rehabilitasi dan upaya ke tiga, kesejahteraan sosial.

Tujuan sistem peradilan pidana anak menurut *The Beijing Rules* dimuat pada Rule 5.1 *Aims of Juvenile Justice*:

"The juvenile justice system shall emphasize the well-being of the juvenile and shall ensure that any reaction to juvenile offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence."

Sistem peradilan bagi anak akan mengutamakan kesejahteraan anak dan akan memastikan bahwa reaksi apapun terhadap pelanggar-pelanggar hukum berusia anak akan selalu sepadan dengan keadaan-keadaan baik pada pelanggar-pelanggar hukumnya maupun pelanggaran hukumnya.

Tujuan sistem peradilan pidana anak menurut Konvensi Hak Anak:

Pasal 3 ayat (1)

Dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh lembaga-lembaga kesejahteraan sosial,

pemerintah atau swasta, lembaga peradilan, lembaga pemerintah atau badan legislatif, kepentingan terbaik anak merupakan pertimbangan utama.

Pasal 3 ayat (2)

Negara-negara Peserta berupaya untuk menjamin adanya perlindungan dan perawatan sedemikian rupa yang diperlukan untuk kesejahteraan anak, dengan memperhatikan hak dan kewajiban orang tua anak, walinya yang sah, atau orang lain yang secara hukum bertanggung jawab atas anak yang bersangkutan, dan untuk maksud ini, akan mengambil semua tindakan legislatif dan administratif.

Pasal 3 ayat (3)

Negara-negara pihak harus menjamin bahwa berbagai lembaga, pelayanan dan fasilitas yang bertanggung jawab atas perawatan dan perlindungan tentang anak harus menyesuaikan diri dengan standar-standar yang ditentukan oleh penguasa yang berwenang, terutama di bidang keselamatan, kesehatan, dalam jumlah dan kesesuaian staf, mereka dan juga pengawasan yang berwenang.

Tujuan sistem peradilan pidana anak menurut Resolusi PBB 45/113 tanggal 14 Desember 1990, *The United Nations for the Protection of Juvenile Deprived of Liberty*; Sistem pengadilan bagi anak harus menjunjung tinggi hak-hak dan keselamatan serta memajukan kesejahteraan fisik dan mental pada anak. Hukuman penjara harus digunakan sebagai upaya akhir.

Tujuan sistem peradilan pidana anak menurut UU No. 11 tahun 2012 dalam Penjelasannya, agar terwujud peradilan yang benar-benar menjamin perlindungan kepentingan terbaik terhadap anak yang berhadapan dengan hukum.

Landasan penegakan hukum dalam sistem peradilan pidana anak:

1. Landasan Filsafati

Filsafat peradilan pidana anak untuk mewujudkan kesejahteraan anak, karena itu hukum merupakan landasan, pedoman dan sarana tercapainya kepastian dan kesejahteraan hukum guna menjamin perlakuan maupun tindakan yang diambil, khususnya bagi anak nakal. Dalam proses hukum yang melibatkan anak sebagai subyek delik, tidak mengabaikan masa depannya dan tetap menegakkan hukum demi keadilan.⁵

2. Pendekatan Manusiawi

Menegakkan hukum dengan cara yang manusiawi, menjunjung tinggi *human dignity*. Hal ini mewajibkan para penegak hukum melakukan pemeriksaan dengan cara pendeteksian yang ilmiah atau dengan metode *scientific crime detection*, yakni cara pemeriksaan tindak pidana berlandaskan kematangan ilmiah menjauhkan diri dari cara pemeriksaan konvensional dalam bentuk tanggap dulu dan peras pengakuan denganjalan pemeriksaan fisik dan mental. Sudah saatnya para penegak hukum mengasah jiwa, perasaan dan penampilan serta gaya mereka dibekali dengan kehalusan budi nurani yang tanggap atas rasa keadilan atau *sense of justice*.

3. Memahami Rasa Tanggung Jawab

Rasa tanggung jawab sangat penting disadari para penegak hukum, sebab yang mereka hadapi adalah manusia sebagaimana dirinya sendiri yang juga memiliki jiwa dan perasaan. Penegak hukum merenungkan arti

⁵ Maidin Gultom, *Op. Cit.*, hlm. 75.

tanggung jawab dalam menangani setiap orang yang dihadapkan kepadanya. Ketebalan *sense of responsibility* yang mesti dimiliki oleh setiap pribadi penegak hukum harus mempunyai dimensi pertanggungjawaban terhadap diri sendiri, pertanggungjawaban kepada masyarakat serta pertanggungjawaban kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Sistem Peradilan Pidana Anak adalah segala unsur sistem peradilan pidana yang terkait di dalam penanganan kasus-kasus anak. Dalam kata "sistem peradilan pidana anak", terkandung unsur "sistem peradilan pidana" dan "anak". Kata "anak" dalam "sistem peradilan pidana anak" harus dicantumkan, karena untuk membedakan dengan sistem peradilan pidana dewasa sehingga sistem peradilan pidana anak adalah sistem peradilan pidana bagi anak. Anak dalam sistem peradilan pidana anak adalah anak yang berhadapan dengan hukum adalah anak yang berkonflik dengan hukum, anak yang menjadi korban tindak pidana, dan anak yang menjadi saksi tindak pidana.

Istilah sistem peradilan pidana anak merupakan terjemahan dari istilah *The Juvenile Justice System*, yaitu suatu istilah yang digunakan searti dengan sejumlah institusi yang tergabung dalam pengadilan, yang meliputi: Pertama, polisi sebagai institusi formal ketika anak yang berhadapan dengan hukum pertama kali bersentuhan dengan sistem peradilan, yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses lebih lanjut. Kedua, jaksa dan lembaga pembebasan bersyarat yang juga akan menentukan apakah anak akan dibebaskan atau diproses ke pengadilan anak. Ketiga, Pengadilan Anak, tahapan ketika anak akan

ditempatkan dalam pilihan-pilihan, mulai dari dibebaskan sampai dimasukkan dalam institusi penghukuman.

Sistem peradilan pidana anak merupakan sistem peradilan pidana, maka di dalam memberikan pengertian sistem peradilan pidana anak, terlebih dahulu menguraikan tentang sistem peradilan pidana. Sistem peradilan pidana (*Criminal Justice System*) menunjukkan mekanisme kerja dalam penanggulangan kejahatan dengan mempergunakan dasar "pendekatan sistem". Remington dan Ohlin mengemukakan:

*"Criminal Justice System dapat diartikan sebagai pemakaian pendekatan system terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana. Sebagai suatu sistem, peradilan pidana merupakan hasil interaksi anatar peraturan perundang-undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistem itu sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya."*⁶

Menurut Muladi, sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan (*network*) peradilan yang menggunakan hukum pidana sebagai sarana utamanya, baik hukum pidana materiil, hukum pidana formal maupun hukum pelaksanaan pidana. Mardjono Reksodiputro memberikan batasan sistem peradilan pidana adalah sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan pemasyarakatan.

Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa sistem peradilan pidana pada hakikatnya identik dengan sistem

⁶ Romli Atmasasmita, *Op. Cit.*, hlm. 14.

penegak hukum pidana, atau sistem kekuasaan kehakiman di bidang hukum pidana. Sistem peradilan/sistem penegakan hukum pidana ataupun sistem kekuasaan kehakiman di bidang hukum pidana, terpadu diimplementasikan dalam 4 (empat) sub-sistem kekuasaan, yaitu kekuasaan penyidikan, kekuasaan penuntutan, kekuasaan mengadili/menjatuhkan pidana, dan kekuasaan eksekusi/pelaksanaan pidana. Sebagai sistem penegakan hukum pidana maka di dalam sistem peradilan terdapat aspek sistem penegakan hukum pidana materiel, aspek sistem penegakan hukum pidana formal dan aspek sistem penegakan hukum pelaksanaan pidana.⁷

Sudarto mengemukakan bahwa di dalam peradilan anak terdapat aktivitas pemeriksaan dan pemutusan perkara yang tertuju pada kepentingan anak, yaitu segala aktivitas yang dilakukan oleh polisi, jaksa, hakim dan pejabat lain, harus didasarkan pada suatu prinsip ialah demi kesejahteraan anak dan kepentingan anak.⁸ Berdasarkan pendapat-pendapat tersebut di atas, maka sistem peradilan pidana anak adalah suatu sistem penegakan hukum pidana maka yang dilaksanakan secara terpadu oleh 4 (empat) sub-sistem kekuasaan, yaitu kekuasaan penyidik anak, kekuasaan penuntutan anak, kekuasaan mengadili/menjatuhkan pidana anak, dan kekuasaan eksekusi/pelaksanaan pidana, berdasar hukum pidana materiil anak, hukum pidana formal anak dan hukum pelaksanaan pidana anak, dan aktivitas dalam penegakan hukum pidana anak ini

⁷ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana tentang Sistem Peradilan Terpadu (Integrated Criminal Justice System)*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2007, hlm. 9.

⁸ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1998, hlm. 129-140.

lebih menekankan pada kepentingan anak dan tujuan kesejahteraan anak.



Bab 5

TUJUAN SISTEM PERADILAN PIDANA ANAK

Upaya penanggulangan kejahatan dapat dilakukan dengan menggunakan sarana penal dan sarana non-penal. Penanggulangan kejahatan dengan sarana penal yaitu upaya penanggulangan kejahatan dengan sarana hukum pidana. Penggunaan sarana hukum pidana untuk penanggulangan kejahatan, operasional bekerjanya lewat sistem peradilan pidana (*criminal justice system*). Sehubungan dengan hal ini, Muladi yang menyatakan bahwa *criminal justice system* memiliki tujuan untuk: (i) resosialisasi dan rehabilitasi pelaku tindak pidana; (ii) pemberantasan kejahatan; (iii) dan untuk mencapai kesejahteraan sosial. Berangkat dari pemikiran ini, maka tujuan sistem peradilan pidana anak terpadu lebih ditekankan kepada upaya pertama (resosialisasi dan rehabilitasi) dan ketiga (kesejahteraan sosial).

Sistem peradilan pidana di dalamnya terkandung gerak sistemik dari subsistem-subsistem yaitu: Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Koreksi (Lembaga Pemasyarakatan), yang secara keseluruhan merupakan satu kesatuan berusaha mentransformasikan masukan (*input*) menjadi keluaran (*output*), berupa tujuan jangka pendek, tujuan jangka menengah dan tujuan jangka panjang dari sistem peradilan pidana. Tujuan jangka pendek sistem peradilan pidana adalah resosialisasi pelaku tindak pidana,

tujuan jangka menengah adalah pencegahan kejahatan, dan tujuan jangka panjang adalah kesejahteraan sosial.¹ Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak:

1. Resosialisasi dan rehabilitasi pelaku tindak pidana.
2. Pemberantasan kejahatan.
3. Untuk mencapai kesejahteraan sosial.²

Tujuan sistem peradilan pidana berupa resosialisasi pelaku, karena penyelenggaraan peradilan pidana berguna untuk pembinaan pelaku sehingga pada saat telah selesai menjalani pidana, pelaku ketika kembali kepada masyarakat sudah menjadi orang yang benar-benar baik. Sedangkan tujuan pencegahan kejahatan, maksudnya dengan putusan pengadilan pidana tersebut dapat mencegah pelaku untuk berbuat kejahatan, baik mencegah secara nyata bagi pelaku, maupun dapat berfungsi preventif bagi masyarakat pada umumnya untuk tidak melakukan tindak pidana. Tujuan jangka panjang sistem peradilan pidana adalah kesejahteraan sosial, karena penyelenggaraan peradilan pidana berfungsi untuk melindungi masyarakat dari perbuatan-perbuatan jahat yang mengganggu masyarakat umum.

Tujuan-tujuan sistem peradilan pidana tersebut, tentunya sedikit banyak berlaku pula bagi tujuan penyelenggaraan sistem peradilan pidana anak, yaitu tujuan jangka pendek sistem peradilan pidana anak adalah resosialisasi atau pembinaan untuk mempersiapkan kembali kepada masyarakat bagi pelaku anak. Tujuan jangka

¹ Muladi, Muladi, *Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002, hlm.8.

² Muladi, *Lembaga Pengawasan: Sistem Peradilan Terpadu*, Jakarta: MAPPI FHUI, 2003, www.pemantauperadilan.com.

menengah sistem peradilan pidana anak adalah mencegah pelaku anak tersebut melakukan kejahatan lebih lanjut atau jenis yang lebih berat ancaman sanksi pidananya, sedangkan tujuan jangka panjang adalah untuk kesejahteraan pelaku anak maupun kesejahteraan masyarakat pada umumnya.

Gordon Bazemore menyatakan bahwa tujuan sistem peradilan pidana anak berbeda-beda, tergantung pada paradigma sistem peradilan anak yang dianut. Terdapat 3 (tiga) paradigma peradilan anak yang dikenal yaitu: Paradigma Pembinaan Individual (*individual treatment paradigm*); Paradigma Retributif (*retributive paradigm*); dan Paradigma Restoratif (*restorative paradigm*). Dari masing-masing paradigma peradilan pidana anak ini, maka akan berlainan masing-masing tujuan yang ditonjolkan.

A. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak pada Paradigma Pembinaan Individual

Sistem peradilan pidana anak dengan paradigma pembinaan individual, yang dipentingkan adalah penekanan pada perbuatan/kerugian yang diakibatkan. Tanggung jawab ini terletak pada tanggung jawab sistem dalam memenuhi kebutuhan pelaku. Penjatuhan sanksi dalam sistem peradilan pidana anak dengan paradigma pembinaan individual, adalah tidak relevan, insidental dan secara umum tidak layak.

Pencapaian tujuan sanksi ditonjolkan pada indikator hal-hal berhubungan dengan apakah pelaku perlu diidentifikasi, apakah pelaku telah dimintakan untuk dibina dalam program pembinaan khusus dan sejauh mana program dapat diselesaikan. Putusan ditekankan pada perintah pemberian program untuk terapi dan pelayanan.

Fokus utama untuk mengidentifikasi pelaku dan pengembangan pendekatan positif untuk mengkoreksi masalah. Kondisi delinkuensi ditetapkan dalam rangka pembinaan pelaku. Pelaku dianggap tak berkompeten dan tak mampu berbuat rasional tanpa campur tangan terapis. Pada umumnya pelaku perlu dibina, karena pelaku akan memperoleh keuntungan dari campur tangan terapis.

Pencapaian tujuan dapat dilihat dengan apakah pelaku bisa pelaku mematuhi aturan dari Pembina, apakah pelaku hadir dan berperan serta dalam pembinaan, apakah pelaku dapat mengendalikan diri (*selfcontrol*), apakah ada kemajuan dalam interaksi dengan keluarga dan masyarakat. Hal yang diutamakan dalam praktik adalah konseling kelompok & keluarga; paket kerja *probation* telah disusun, dan aktifitas dengan paradigma pembinaan individual, maka segi perlindungan masyarakat secara langsung, bukan fungsi perlindungan anak.

B. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak dengan Paradigma Retributif

Tujuan penjatuhan sanksi dalam sistem peradilan pidana anak dengan paradigma retributif ditentukan pada saat pelaku menjalani pidana. Tujuan penjatuhan sanksi tercapai dilihat dengan kenyataan apakah pelaku telah dijatuhi pidana dan dengan pemidanaan yang tepat, pasti, setimpal serta adil. Untuk menciptakan perlindungan masyarakat dilakukan dengan pengawasan sebagai strategi terbaik, seperti penahanan, penyekapan, pengawasan elektronik. Keberhasilan perlindungan masyarakat dengan dilihat pada keadaan apakah pelaku telah ditahan, apakah residivis berkurang dengan pencegahan dan atau penahanan.

C. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak dengan Paradigma Restoratif

Ada asumsi dalam sistem peradilan pidana anak dengan paradigma restoratif, bahwa di dalam mencapai tujuan penjatuhan sanksi, maka diikutsertakan korban untuk berhak aktif terlibat dalam proses peradilan. Indikator pencapaian tujuan penjatuhan sanksi pidana tercapai dengan dilihat pada apakah korban telah direstorasi, kepuasan korban, besarnya ganti rugi, kesadaran pelaku atas perbuatannya, jumlah kesepakatan perbaikan yang dibuat, kualitas pelayanan kerja dan keseluruhan proses yang terjadi. Bentuk-bentuk sanksi yang diberikan berupa: restitusi, mediasi pelaku dan korban, pelayanan korban, restorasi masyarakat, pelayanan langsung pada korban atau denda restoratif.

Dalam penjatuhan sanksi mengikutsertakan pelaku, korban, masyarakat dan para penegak hukum secara aktif. Pelaku bekerja aktif untuk memenuhi kerugian korban, dan menghadapi korban/wakil korban. Korban aktif dalam semua tahapan proses dan akan membantu dalam penentuan sanksi bagi si pelaku. Masyarakat terlibat sebagai mediator, membantu korban dan mendukung pemenuhan kewajiban pelaku. Penegak hukum memberi fasilitas berlangsungnya mediasi tersebut.

Fokus utama peradilan restoratif untuk kepentingan dan membangun secara positif, maka anak dan keluarga merupakan sumber utama. Anak dianggap berkompeten dan mempunyai kemampuan positif, bersifat preventif dan proaktif. Untuk kepentingan revitalisasi pelaku diperlukan perubahan sikap lembaga kemasyarakatan dan perilaku orang dewasa. Rehabilitasi pelaku dilakukan dengan pelaku

yang bersifat *learning by doing*, konseling dan terapi untuk memotivasi keterlibatan aktif para pihak.

Tujuan rehabilitasi tercapai dilihat pada keadaan apakah pelaku telah memulai hal-hal positif, apakah pelaku diberi kesempatan untuk mempraktikkan dan mendemonstrasikan perilaku patuh norma, apakah stigmatisasi dapat dicegah, apakah telah terjadi perkembangan *self image* dalam diri pelaku dan *public-image* dan peningkatan keterikatan pada masyarakat.

Rehabilitasi pelaku dalam bentuk kegiatan praktik agar anak memperoleh pengalaman kerja, dan anak mampu mengembangkan proyek kultural sendiri. Dalam aspek rehabilitasi ini secara bersama-sama memerlukan peran-peran pelaku, korban, masyarakat dan penegak hukum secara sinergi. Pelaku aktif dalam pengembangan kualitas diri dalam kehidupan masyarakat. Korban memberikan masukan pada proses rehabilitasi. Masyarakat mengembangkan kesempatan bagi anak untuk memberikan sumbangan produktif, mengembangkan kompetensi dan rasa memiliki. Penegak hukum peradilan anak mengembangkan peran anak pelaku untuk mempraktikkan dan mendemonstrasikan kompetensinya, aksesnya dan membangun keterikatan kemitraan dengan masyarakat.

Asumsi dalam peradilan restoratif tentang tercapainya perlindungan masyarakat dengan upaya kolaborasi sistem peradilan dan masyarakat untuk pencegahan. Pidana penjara dibatasi hanya sebagai upaya terakhir. Masyarakat bertanggung jawab aktif mendukung terselenggaranya restorasi. Indikator tercapainya perlindungan masyarakat apabila angka residivis turun, sementara pelaku berada di bawah pengawasan masyarakat, masyarakat merasa aman

dan yakin atas peran sistem peradilan pidana anak, keterlibatan pihak sekolah, keluarga dan reintegrasi meningkat. Untuk meningkatkan perlindungan masyarakat, maka antara pelaku, korban, masyarakat dan profesional peradilan anak perannya sangat besar dan sangat diharapkan. Pelaku harus terlibat secara konstruktif mengembangkan kompetensi dan kegiatan restoratif dalam program secara seimbang, mengembangkan kontrol internal dan komitmen dengan teman sebaya dan organisasi anak. Korban memberikan masukan yang berguna untuk melanjutkan misi perlindungan masyarakat dari rasa takut dan kebutuhan akan pengawasan pelaku dilinkuen, dan melindungi bagi korban kejahatan lain. Masyarakat memberikan bimbingan pada pelaku, dan berperan sebagai mentor dan memberikan masukan bagi peradilan tentang informasi latar belakang terjadinya kejahatan. Profesional peradilan anak mengembangkan skala insentif dan menjamin pemenuhan kewajiban pelaku dengan pengawasan, membantu sekolah dan keluarga dalam upaya mereka mengawasi dan mempertahankan pelaku tetap di masyarakat.

Sehubungan dengan hal ini, Muladi yang menyatakan bahwa *criminal justice sistem* memiliki tujuan untuk: (i) resosialisasi dan rehabilitasi pelaku tindak pidana; (ii) pemberantasan kejahatan; dan (iii) untuk mencapai kesejahteraan sosial.³ Berangkat dari pemikiran ini, maka tujuan sistem peradilan pidana anak terpadu lebih ditekankan kepada upaya pertama (resosialisasi dan rehabilitasi) dan ketiga (kesejahteraan sosial). Namun upaya lain di luar mekanisme pidana atau peradilan dapat

³ *Ibid.*

dilakukan dengan beberapa metode di antaranya metode Diversi dan *Restorative Justice*.

Diversi adalah pengalihan penanganan kasus-kasus anak yang diduga telah melakukan tindak pidana dari proses formal dengan atau tanpa syarat. Pendekatan diversi dapat diterapkan bagi penyelesaian kasus-kasus anak yang berkonflik dengan hukum. Adapun yang menjadi tujuan upaya diversi adalah:

1. Untuk menghindari anak dari penahanan;
2. Untuk menghindari cap/label anak sebagai penjahat;
3. Untuk mencegah pengulangan tindak pidana yang dilakukan oleh anak;
4. Agar anak bertanggung jawab atas perbuatannya;
5. Untuk melakukan intervensi-intervensi yang diperlukan bagi korban dan anak tanpa harus melalui proses formal;
6. Menghindari anak mengikuti proses sistem peradilan;
7. Menjauhkan anak dari pengaruh dan implikasi negatif dari proses peradilan.

Program diversi dapat menjadi bentuk keadilan restoratif jika:

1. Mendorong anak untuk bertanggung jawab atas perbuatannya;
2. Memberikan kesempatan bagi anak untuk mengganti kesalahan yang dilakukan dengan berbuat kebaikan bagi si korban;
3. Memberikan kesempatan bagi si korban untuk ikut serta dalam proses;
4. Memberikan kesempatan bagi anak untuk dapat mempertahankan hubungan dengan keluarga;

5. Memberikan kesempatan bagi rekonsiliasi dan penyembuhan dalam masyarakat yang dirugikan oleh tindak pidana.

Pelaksanaan metode sebagaimana telah dipaparkan diatas ditegakkannya demi mencapai kesejahteraan anak dengan berdasar prinsip kepentingan terbaik bagi anak. Dengan kata lain, diversi tersebut berdasarkan pada perlindungan anak dan pemenuhan hak-hak anak (*protection child and fullfilment child rights based approuch*). Deklarasi Hak-Hak Anak tahun 1959 dapat dirujuk untuk memaknai prinsip kepentingan terbaik untuk anak. Prinsip kedua menyatakan bahwa anak-anak seharusnya menikmati perlindungan khusus dan diberikan kesempatan dan fasilitas melalui upaya hukum maupun upaya lain sehingga memungkinkan anak terbangun fisik, mental, moral, spiritual dan sosialnya dalam mewujudkan kebebasan dan kehormatan anak.

Dalam kerangka hak sipil dan politik, prinsip ini dapat dijumpai dalam 2 (dua) Komentar Umum Komisi Hak Asasi Manusia (*General Comments Human Rights Committee* khususnya Komentar Umum Nomor 17 dan 19) sebagai upaya Komisi Hak Asasi Manusia melakukan interpretasi hukum atas prinsip kepentingan terbaik anak dalam kasus terpisahnya anak dari lingkungan orangtua (*parental separation ordivorce*). Dalam kerangka ini, pendekatan kesejahteraan dapat dijadikan sebagai dasar filosofi penanganan terhadap pelanggaran hukum usia anak. Pada prinsipnya pendekatan ini didasari 2 (dua) faktor sebagai berikut:

1. Anak-anak dianggap belum mengerti benar kesalahan yang telah diperbuat, sehingga sudah sepantasnya diberikan pengurangan hukuman, serta perbedaan

pemberian hukuman bagi anak-anak dengan orang dewasa.

2. Bila dibandingkan dengan orang dewasa, anak-anak diyakini lebih mudah dibina dan disadarkan.

Terkait permasalahan tersebut, di negara-negara Eropa terdapat 5 (lima) macam pendekatan yang biasanya digunakan untuk menangani pelaku pelanggaran hukum usia anak, yaitu:

1. Pendekatan yang murni mengedepankan kesejahteraan anak.
2. Pendekatan kesejahteraan dengan intervensi hukum.
3. Pendekatan dengan menggunakan/berpatokan pada sistem peradilan pidana semata.
4. Pendekatan edukatif dalam pemberian hukuman.
5. Pendekatan hukuman yang murni bersifat retributif.

Berdasarkan pemikiran di atas, maka tindakan hukum yang dilakukan terhadap mereka yang berusia di bawah 1 tahun harus mempertimbangkan kepentingan terbaik anak. Hal ini didasari asumsi bahwa anak tidak dapat melakukan kejahatan atau *doli incapax* dan tidak dapat secara penuh bertanggung jawab atas tindakannya.

D. Tujuan SPP Anak menurut SMRJJ (*The Beijing Rules*)

Tujuan sistem peradilan pidana anak dalam SMRJJ (*The Beijing Rules*), tercantum dalam Rule 5.1. sebagai berikut:

"The juvenile justice system shall emphasize the well being of the juvenile and shall ensure that, any reaction to juvenile

offenders shall always be in proportion to the circumstances of both the offenders and the offence.”⁸⁷

Sistem peradilan bagi anak akan mengutamakan kesejahteraan anak dan akan memastikan bahwa reaksi apapun terhadap pelanggar-pelanggar hukum anak akan selalu sepadan dengan keadaan-keadaan baik pada pelanggar-pelanggar hukumnya maupun pelanggaran hukumnya.

Dijelaskan dalam *Commentary Rule 5.1 SMRJJ*, bahwa ada tujuan atau sasaran yang penting dalam tujuan peradilan anak, yaitu:

1. Memajukan kesejahteraan anak (*the promotion of the well being of the juvenile*);
2. Menekankan pada prinsip proporsionalitas (*the principle of the proportionslity*)

Tujuan pertama adalah pemajuan kesejahteraan anak ini, merupakan fokus utama yang harus diutamakan pada sistem peradilan pidana anak, dan dengan demikian merupakan penghindaran sanksi-sanksi yang sekedar menghukum semata. Tujuan kedua adalah prinsip kesepadanan, yaitu bahwa reaksi terhadap pelanggar-pelanggar hukum berusia muda tidak hanya didasarkan pada pertimbangan beratnya pelanggaran hukum tetapi juga pada pertimbangan keadaan-keadaan pribadinya. Keadaan-keadaan individualnya (seperti status sosial, keadaan keluarga, kerugian yang ditimbulkan atau faktor lain yang mempengaruhi keadaan pribadi, ini semua akan mempengaruhi kesepadanan reaksi-reaksinya.

E. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak menurut Konvensi

Hak-hak Anak Tujuan sistem peradilan pidana anak yang menekankan pada perlindungan dan kesejahteraan anak ini, terdapat dalam Konvensi Hak-Hak Anak, pada uraian tentang standar-standar pelakuan terhadap anak yang berkonflik dengan hukum (*standards regarding children in conflict with the law*), sebagaimana ditentukan dalam *Artikel 37 dan Artikel 40 Konvensi Hak-hak Anak*. Ketentuan tentang perlakuan atau perlindungan terhadap anak yang sedang berkonflik dengan hukum, yang diatur dalam *Artikel 37 Konvensi Hak-hak Anak*, sebagai berikut:

1. Seorang anak tidak akan dikenai penyiksaan atau pidana dan tindakan lainnya yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat;
2. Pidana mati maupun pidana penjara seumur hidup tanpa kemungkinan memperoleh pelepasan/pembebasan (*without possibility of release*) tidak akan dikenakan kepada anak berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun;
3. Tidak seorang anak pun dirampas kemerdekaannya secara melawan hukum atau sewenang-wenang;
4. Penangkapan, penahanan dan pidana penjara hanya akan digunakan sebagai tindakan dalam upaya terakhir dan untuk jangka waktu yang sangat singkat/pendek;
5. Setiap anak yang dirampas kemerdekaannya akan diperlakukan secara manusiawi dan dengan menghormati martabatnya sebagai manusia;
6. Anak yang dirampas kemerdekaannya akan dipisah dari orang dewasa dan berhak melakukan hubungan/kontak dengan keluarganya;

7. Setiap anak yang dirampas kemerdekaannya berhak memperoleh bantuan hukum, berhak menentang dasar hukum perampasan kemerdekaan atas dirinya di muka pengadilan atau pejabat lain yang berwenang dan tidak memihak serta berhak untuk mendapat keputusan yang cepat/tepat atas tindakan terhadap dirinya itu.

Di dalam *Artikel 40 Konvensi Hak-hak Anak* dimuat prinsip-prinsip perlakuan terhadap anak yang tersangkut dalam peradilan anak antara lain sebagai berikut:

1. Tiap anak yang dituduh, dituntut atau dinyatakan telah melanggar hukum pidana berhak diperlakukan dengan cara-cara yang sesuai dengan pemahaman anak tentang harkat dan martabatnya; dengan cara-cara yang memperkuat penghargaan/penghormatan anak pada hak-hak asasi dan kebebasan orang lain; dengan cara-cara mempertimbangkan usia anak dan keinginan untuk memajukan/mengembangkan pengintegrasian kembali anak-anak serta mengembangkan harapan anak akan perannya yang konstruktif di masyarakat;
2. Negara harus berusaha membentuk hukum, prosedur, pejabat yang berwenang dan lembaga-lembaga secara khusus diperuntukkan/diterapkan kepada anak yang dituduh, dituntut atau dinyatakan telah melanggar hukum pidana, khususnya:
 - a. Menetapkan batas usia minimal anak yang dipandang tidak mampu melakukan pelanggaran hukum pidana;
 - b. Apabila perlu diambil/ditempuh tindakan-tindakan terhadap anak tanpa melalui proses peradilan, harus

ditetapkan bahwa hak-hak asasi dan jaminan-jaminan hukum bagi anak harus sepenuhnya dihormati.

Tindakan-tindakan inilah yang disebut sebagai program-program diversi (*diversion programs*), yang didasarkan pada *The Beijing Rules*, khususnya *Rules 4* dan *11*. Menurut Dan O'Donnel, "*Implementation of United Nations Standards on Children in Conflict with the Law, Children Deprived of Liberty and Child Victims of Criminal Activities: Legislation and Practice.*"

Bermacam-macam putusan terhadap anak (antara lain perintah/tindakan untuk melakukan perawatan/pembinaan, bimbingan, pengawasan, program-program pendidikan dan latihan serta pembinaan institusional lainnya) harus dapat menjamin, bahwa anak diperlakukan dengan cara-cara yang sesuai dengan keadaan lingkungan mereka serta pelanggaran yang dilakukan.

F. Tujuan Sistem Peradilan Pidana Anak Berdasar UU Perlindungan Anak UU Perlindungan Anak Memandang Anak Nakal sebagai "Anak yang Berhadapan dengan Hukum"

Terhadap Anak Nakal menurut undang-undang perlindungan anak harus mendapatkan perlindungan khusus, sebagaimana diatur dalam Pasal 59, Pasal 64 UU Perlindungan Anak. Anak yang sedang berhadapan dengan hukum sama dengan Anak Nakal yang sedang diperiksa dalam proses peradilan.

Salah satu perlindungan khusus bagi anak yang berhadapan dengan hukum adalah "penjatuhan sanksi yang tepat untuk kepentingan-terbaik bagi anak". Penjatuhan sanksi yang tepat untuk kepentingan terbaik bagi anak,

inilah yang menurut penulis merupakan tujuan sistem peradilan pidana anak di dalam UU Perlindungan Anak, Penjatuhan sanksi yang tepat untuk kepentingan terbaik bagi anak, yaitu sanksi yang dapat mendukung bagi pembinaan dan perlindungan terhadap anak.

Tujuan Sistem Peradilan Pidana anak berdasar UU Sistem Peradilan Pidana Anak Tujuan sistem peradilan pidana anak di Indonesia dapat dilihat dalam ketentuan UU Sistem Peradilan Pidana Anak (UU No. 11 Tahun 2012). Di dalam konsiderans “Menimbang” UU tersebut dilandaskan bahwa anak merupakan amanah dan karunia Tuhan Yang Maha Esa yang memiliki harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya, sehingga anak berhak mendapatkan perlindungan khusus terutama perlindungan hukum dalam sistem peradilan. Diperlukan perlakuan khusus karena anak sebagai generasi muda yang memiliki peran strategis dan mempunyai ciri khusus, maka memerlukan pembinaan dan perlindungan dalam rangka menjamin pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, sosial secara utuh, selaras, serasi dan seimbang. Tujuan sistem peradilan pidana anak dalam UU Sistem Peradilan Pidana Anak, tidak tertulis secara nyata, namun dapat diketahui dari ketentuan dalam “Penjelasan Umum” undang-undang tersebut yaitu:

“... Substansi paling mendasar dalam Undang-undang ini adalah pengaturan secara tegas mengenai Keadilan Restoratif dan Diversi yang dimaksudkan untuk menghindari dan menjauhkan anak dari proses peradilan sehingga dapat menghindari stigmatisasi terhadap anak yang berhadapan dengan hukum dan diharapkan anak dapat kembali ke dalam lingkungan sosial secara wajar. Oleh karena itu, sangat diperlukan

peran serta semua pihak dalam rangka mewujudkan hal tersebut. Proses itu harus bertujuan pada terciptanya Keadilan Restoratif, baik bagi anak maupun bagi korban.

Dalam penyelesaian perkara Anak, Hakim wajib mempertimbangkan laporan hasil kemasyarakatan yang dihimpun oleh Pembimbing Kemasyarakatan mengenai data pribadi maupun keluarga dari anak yang bersangkutan. Dengan adanya hasil laporan tersebut, diharapkan Hakim dapat memperoleh gambaran yang tepat untuk memberikan putusan yang seadil-adilnya bagi anak yang bersangkutan. Putusan Hakim akan mempengaruhi kehidupan selanjutnya dari anak yang bersangkutan, oleh sebab itu Hakim harus yakin benar, bahwa putusan yang diambil akan dapat menjadi salah satu dasar kuat untuk mengembalikan dan mengantar anak menuju masa depan yang baik untuk mengembangkan dirinya sendiri sebagai warga negara yang bertanggung jawab bagi kehidupan keluarga, bangsa, dan negara.

Untuk lebih memantapkan upaya pembinaan dan pemberian bimbingan bagi Anak yang telah diputus oleh Hakim, maka anak tersebut ditampung di Lembaga Pembinaan Khusus Anak (LPKA). Berbagai pertimbangan tersebut di atas serta dalam rangka mewujudkan peradilan yang memperhatikan perlindungan dan kepentingan anak, maka perlu diatur ketentuan-ketentuan mengenai penyelenggaraan pengadilan yang khusus bagi anak dalam lingkungan Peradilan Umum. Dengan demikian, Pengadilan Anak diharapkan memberikan arah yang tepat dalam pembinaan perlindungan terhadap anak.

Berdasarkan penjelasan umum tersebut, dapat disimpulkan bahwa penyelenggaraan Pengadilan Pidana Anak

berdasarkan UU Sistem Peradilan Pidana Anak mengarah pada tujuan “Pembinaan” dan “Perlindungan” anak. Sehubungan dengan tugas dan wewenang pengadilan anak untuk menyelesaikan perkara anak, Sudikno Mertokusumo mengemukakan:

“Tujuan peradilan (maksudnya pengadilan anak) bukan semata-mata hanya menyatakan terbukti tidaknya suatu peristiwa konkrit dan kemudian menjatuhkan putusan saja, melainkan menyelesaikan perkara. Putusan itu harus menuntaskan perkara, jangan sampai putusan itu tidak dapat dilaksanakan atau menimbulkan perkara atau masalah baru. Mengingat bahwa anak harus mendapat perlindungan dan oleh karena itu perlu mendapat perhatian dan perlakuan khusus pula maka dalam peradilan anak ini, janganlah hendaknya dititikberatkan kepada terbukti tidaknya perbuatan atau pelanggaran yang dilakukan si anak semata-mata, tetapi harus lebih diperhatikan dan dipertimbangkan latar belakang dan sebab-sebab serta motivasi pelanggaran atau perbuatan yang dilakukan oleh si anak dan apa kemungkinan akibat putusan itu bagi di anak demi hari depan si anak”

Dengan adanya penjelasan ini maka dapat diketahui bahwa yang dimaksud dengan tugas dan wewenang pengadilan anak untuk “menyelesaikan perkara anak”, yaitu agar pengadilan anak di dalam memeriksa dan memproses perkara anak tidak berhenti pada membuat putusan tentang terbukti atau tidak terbukti perkara anak tersebut, tetapi pengadilan anak harus memikirkan lebih lanjut atas putusannya bagi anak tidak menimbulkan masalah lebih lanjut dan bermanfaat bagi masa depan anak. Dengan kata lain bahwa tugas dan wewenang pengadilan anak untuk

“menyelesaikan perkara anak”, berarti putusannya dapat bermanfaat bagi anak maupun bagi masyarakat, misalnya: bermanfaat bagi pembinaan anak; bermanfaat bagi perlindungan anak; bermanfaat bagi masa depan anak, dan tidak ada konflik lebih lanjut.



Bab 6

DISKRESI DAN DIVERSI

A. Diskresi

Diskresi adalah wewenang dari aparat penegak hukum yang menangani kasus pelaku tindak pidana untuk mengambil tindakan meneruskan perkara atau menghentikan perkara, mengambil tindakan tertentu sesuai dengan kebijakan yang dimilikinya.¹ Proses diskresi berlangsung secara tiba-tiba/spontan tanpa direncanakan terlebih dahulu dan mengikuti ketidakpastian dan keinginan tentang diskresi.

Banyak kasus, kebijakan diskresi tumbuh dalam diri pribadi seseorang aparat penegak hukum khususnya ketika berbicara mengenai proses mengelakkan atau mendorong seseorang ke dalam atau ke luar dari sistem peradilan pidana. Selanjutnya mengarahkannya ke lembaga pengawasan lain yang dianggap paling tepat. Tindakan diskresi merupakan tindakan keseharian yang dilakukan oleh petugas polisi, jaksa, penasihat hukum, hakim, psikiater, lembaga pemasyarakatan, petugas imigrasi dan lain-lain dalam menyelesaikan fungsinya masing-masing.

Analisa terhadap diskresi yang pertama dilakukan pada tahun 1969 dalam buku Kenneth Culp Davis yaitu "*discretionary justice*". Penelitiannya dilakukan dengan

¹ Loraine Gelsthorpe & Nicola Padfield, *Exercising Discretion Decision-making in the Criminal Justice System and Beyond*, UK: Willan Publishing, 2003, hlm. 3.

melakukan penjelajahan di Amerika dan Eropa tahun 1976. Di Amerika didapati orang Amerika gagal untuk menyelesaikan berbagai masalah dengan melaksanakan diskresi, namun di negara-negara Eropa seperti Jerman, Prancis, Itali, Denmark, dan Belanda pelaksanaan diskresi terlihat lebih berhasil. Aparat penegak hukum dalam melaksanakan diskresi guna menegakkan hukum masih menjadi bagian kontroversial karena pengambilan kebijakan penghukuman mengikuti sifat kebijakan pribadi seseorang. Diskresi mengizinkan suatu pembedaan tindakan terhadap kasus pidana oleh pelakunya, sehingga dapat menimbulkan permasalahan dalam hal keadilan terhadap masyarakat.

Secara umum pelaksanaan diskresi merupakan tindakan yang lumrah dan dilaksanakan sejak dulu oleh para pengambil keputusan karena diskresi tidak dapat dihindarkan dalam penegakan hukum disebabkan dua alasan yaitu:²

1. Penerapan aturan dalam kasus yang sebenarnya dalam kenyataan pasti membutuhkan sifat bijaksana dari seorang petugas. Suatu perbuatan pidana dapat diterapkan aturan yang sama namun di lain kondisi tidak bisa karena alasan yang ada pada saat itu. Aturan pada prinsipnya diterapkan secara subjektif oleh penegaknya. Kemampuan subjek pelaksana bervariasi tergantung tanggapannya terhadap tindakan pelanggaran yang terjadi. Sebagai contoh misalnya dalam suatu kasus perbuatan yang dianggap melanggar dianggap pemaksaan kehendak oleh seorang petugas tapi pada

² Wesley Cragg, *The Practiceo (Punishment Toward a Theoryo (Restoratie Justice)*, London and New York: Rouledge, 2003, hlm. 127-137.

petugas lain akan mempertimbangkan faktor apakah pelaku membela haknya atau karena terpaksa atau kelalaian atau sengaja karena kesembronoan dan lain-lain yang tidak sama dengan petugas pertama dalam memberikan pertimbangan.

2. Eksistensi, kepentingan dan penerapan diskresi memberi kesan bahwa penegakan hukum tidak memberikan batasan untuk menyelidiki dan meneliti kesalahan bila memang ditemukan. Penegakan hukum tetaplah dijamin bagi masyarakat luas dan bukan ditentukan oleh satu orang atau individu saja.

Diskresi memberikan kesempatan bagi penegak hukum sebuah kebebasan dalam membuat keputusan sesuai dengan rasa. Keadilan oleh pribadi seseorang yang mempunyai wewenang kekuasaan. Konteks pembahasannya lebih memperhatikan bagaimana seseorang petugas secara individu atau kelompok yang punya wewenang dalam menangani suatu kasus untuk menggunakan kebijakan sendiri dalam suatu situasi yang terjadi untuk melakukan atau tidak melakukan. Secara sederhana, diskresi menunjukkan kebebasan kekuasaan untuk membuat keputusan dengan pertimbangan pribadi yang memperhatikan kebaikan dan keadilan bagi semua pihak, guna mencari alternatif lain yang bukan pidana.

Praktiknya, pertimbangan atau pilihan diskresi banyak dipaksakan tidak hanya oleh aturan formal yang ada tapi juga oleh desakan ekonomi, sosial dan politik yang terjadi atas pilihan yang ada. Desakan-desakan tersebut menjadi alasan petugas menetapkan kebijakan akan tetapi kebijakan yang ditetapkan tidak membuat pelanggaran atas norma-norma

hukum lain atau hak-hak yang semestinya dipenuhi alasan tersebutlah yang menjadi salah satu hal penting yang sesuai dengan poin-poin dari pembuat kebijakan diskresi untuk membuat prosedur dan metode kerjanya juga. Oleh karena itu diskresi berjalan pada semua bagian dari pembuat sistem peradilan pidana dan berhubungan dengan pengontrolan aparat. Perkataan diskresi merupakan perkataan umum dapat diwujudkan dalam bentuk berbeda pada tempat-tempat yang berbeda. Pada sebuah sistem pada tingkatan tertentu hal ini dinyatakan sebagai diversifikasi, akan tetapi tidak semua diskresi dapat didiversifikasi, ada beberapa diskresi dikembalikan pada hukum, yang dalam hukum Inggris ada yang diterima sebagai kebersalahan dikembalikan dari peradilan.

Diskresi dapat diaplikasikan dalam bentuk yang positif. Banyaknya alasan dan pertimbangan petugas merupakan salah satu poin diskresi yang dibutuhkan untuk mempertahankan keseimbangan antara ketidakseragaman dan individualisasi dari hukuman. Sedangkan belajar dalam aspek negatif dari diskresi adalah adanya keinginan untuk memikirkan aspek positif dan negatif ketika melihat konsep dari kemurahhatian (*mercy*) yaitu perasaan kasihan atau ketabahan dalam menentukan kebijakan. Petugas yang melakukan tindakan diskresi harus mempertimbangkan 3 (tiga) faktor yaitu:

1. Faktor-faktor hukum (*legal factors*) yaitu tingkat keseriusan tindakan pidana yang dilakukan oleh pelaku dan catatan kriminal sebelumnya. Dalam penelitian indeks pelanggaran dan pengalaman kejahatan berhubungan dengan keputusan pengadilan dalam memidana. Banyaknya tindak pidana di pengadilan yang ditunjukkan dengan rating kejahatan tersebut menunjukkan keseriusan tindak pidana tersebut.

Sehingga kebijakan terhadap tindak pidana dengan rating yang tinggi perlu dipertimbangkan.

2. Faktor-faktor selain hukum (*extra-legal factors*) yaitu faktor yang berhubungan dengan penentuan kebersalahan, hal tersebut seperti status pekerjaan, perkawinan, keadaan keuangan, asal-usul, ras, suku, lingkungan pelaku dan lain-lain.
3. Faktor yang berhubungan dengan pembuat keputusan (*factors associated with the decision-makers*). Keadilan adalah sesuatu yang pribadi, menggambarkan temperamen, kepribadian, pendidikan, lingkungan dan pembawaan diri dari pembuat kebijakan. Menurut Hogarth seseorang akan tahu lebih banyak tentang hukuman hanya dengan mengetahui sedikit saja tentang tugasnya daripada mengetahui banyak tentang fakta dari kasus yang terjadi. Hal ini menunjukkan faktor pribadi pembuat keputusan sangat berpengaruh besar terhadap keputusan apa yang akan terjadi.³

B. Diversi

Filosofi sistem peradilan pidana anak yaitu mengutamakan perlindungan dan rehabilitasi terhadap pelaku anak (*emphasized the rehabilitation of youthful/fender*) sebagai orang yang masih mempunyai sejumlah keterbatasan dibandingkan dengan orang dewasa. Anak memerlukan perlindungan dari negara dan masyarakat

³ B. Ewart dan D. Pennington, *An Attrinational Approach to Explaining Semencing Diparity* in D. C. Pennington and S. Lloyd-Bostock, (eds), *The Psycological of Sentencing: Approachesto Consistencyand Disparity*, Oxford: CentreforSocio-legal Studies, 2003, hlm. 181.

dalam Jangka waktu ke depan yang masih panjang.⁴ Terhadap anak yang terlanjur menjadi pelaku tindak pidana diperlukan strategi sistem peradilan pidana yaitu mengupayakan seminimal mungkin intervensi sistem peradilan pidana.⁵

Untuk melakukan perlindungan terhadap anak dari pengaruh proses formal sistem peradilan pidana, maka timbul pemikiran manusia atau para ahli hukum dan kemanusiaan untuk membuat aturan formal tindakan mengeluarkan (*remove*) seorang anak yang melakukan pelanggaran hukum atau melakukan tindak pidana dari proses peradilan pidana dengan memberikan alternatif lain yang dianggap lebih baik untuk anak.

Berdasarkan pikiran tersebut, maka lahirlah konsep *diversion* yang dalam istilah bahasa Indonesia disebut diversifikasi atau pengalihan. Pelaksanaan diversifikasi dilatarbelakangi keinginan menghindari efek negatif terhadap jiwa dan perkembangan anak oleh keterlibatannya dengan sistem peradilan pidana. Pelaksanaan diversifikasi oleh aparat penegak hukum didasari oleh kewenangan aparat penegak hukum yang disebut *discretion* atau dalam bahasa Indonesia diskresi. Untuk itu sebelum membahas lebih jauh mengenai diversifikasi terlebih dahulu akan dijelaskan mengenai diskresi oleh aparat penegak hukum.

⁴ Nicholas M.C. Baladan & Rebecca Jaremko Bromwich, *Chapter 1: Introduction: An International Perspective on Youth Justice* dalam buku Nicholas M.C. Bala, et al. *Juvenile Justice System an International Comparison of Problem and Solutions*. Toronto: Eduacational Publishin, Inc, 2002, hlm. 5.

⁵ Kevin Haines & Mark Drakeford, *Young People and Youth Justice*, London: Houndmills Basing Stoke Hampshire RG216XS and Macmillan Press Ltd, 2002, hlm. 73.

C. Pengertian Diversi

Menurut sejarah perkembangan hukum pidana kata "*diversion*" pertama kali dikemukakan sebagai kosa kata pada laporan pelaksanaan peradilan anak yang disampaikan Presiden Komisi Pidana (*President's Crime Commission*) Australia di Amerika Serikat pada tahun 1960.⁶ Sebelum dikemukakannya istilah diversi, praktik pelaksanaan yang berbentuk: seperti diversi telah ada sebelum tahun 1960 ditandai dengan berdirinya peradilan anak (*children's courts*) sebelum abad ke-19 yaitu diversi dari sistem peradilan pidana formal dan formalisasi polisi untuk melakukan peringatan (*policecautioning*). Praktiknya telah berjalan di negara bagian Victoria Australia pada tahun 1959 diikuti oleh negara bagian Queensland pada tahun 1963. Saat itu ketentuan diversi dimaksudkan mengurangi jumlah anak yang masuk ke peradilan formal. Pengertian *diversiter* dapat banyak perbedaan sesuai dengan praktik pelaksanaannya. Berikut definisi diversi menurut Jack E. Bynum dalam bukunya *Juvenile Delinquencya Sociological Approach*⁷, yaitu:

"Diversionis an attempt to divert, or channel out, youth ful offenders from the juvenile justice system."

(Terjemahan penulis: "Diversi adalah sebuah tindakan atau perlakuan untuk mengalihkan atau menempatkan pelaku tindak pidana anak keluar dari sistem peradilan pidana.")

⁶ C. Cunneen and R. White, *Juvenile Justice: An Australian Perspective*, London: Oxford, Oxford University Press, hlm. 247.

⁷ Jack E Bynum, William E. Thompson, *Juvenile Delinquencya Sociological Approach*, Boston: Allyn and Bacon A Peason Education Company, 2002, hlm. 430.

Konsep diversifikasi didasarkan pada kenyataan bahwa proses peradilan pidana terhadap anak pelaku tindak pidana melalui sistem peradilan pidana lebih banyak menimbulkan bahaya daripada kebaikan: Alasan dasarnya yaitu pengadilan akan memberikan stigmatisasi terhadap anak atas tindakan yang dilakukannya seperti anak dianggap jahat, sehingga lebih baik untuk menghindarkannya keluar sistem peradilan pidana.⁸ *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)* butir 6 dan 11 terkandung pernyataan mengenai diversifikasi yakni sebagai proses pelimpahan anak yang berkonflik dengan hukum dari sistem peradilan pidana ke proses informal seperti mengembalikan kepada lembaga sosial masyarakat baik pemerintah atau nonpemerintah.

Pertimbangan dilakukan diversifikasi oleh pengadilan yaitu filosofi sistem peradilan pidana anak untuk melindungi dan merehabilitasi (*protection and rehabilitation*) anak pelaku tindak pidana. Tindakan diversifikasi juga dilakukan sebagai upaya pencegahan seorang pelaku anak menjadi pelaku kriminal dewasa. Usaha pencegahan anak inilah yang membawa aparat penegak hukum untuk mengambil wewenang diskresi atau di Amerika Serikat sering disebut juga dengan istilah *deinstitutionalisation* dari sistem peradilan pidana formal. Jerome Stumphauzer memberi kesimpulan pentingnya *deinstitutionalisation* terhadap pelaku anak untuk menghindarkan anak menjadi penjahat yaitu:

"A worse social learning program couldnot be designed: remove they outh from the very societyto which he must learn

⁸ Randall G. Shelden, *Detention Diversion Advocacy: An Evaluation*, Washington DC: Department of Justice, 1997, hlm. 1.

to adapt, expose him to hundreds of crimina/peer model sand to criminal behavior shehas'n -learned (yet); and us eptmishment as the only learning principl et change behavior (Terjemahan penulis: program pembelajaran sosial yang buruk tidak seharusnya kita lakukan dengan cara seperti: (1) memindahkan anak dari tempat sosialnya yang baik kepada tempat yang mana dia harus belajar untuk beradaptasi, (2) mengarahkannya pada pertemanan dengan banyak jenis perilaku kriminal (*dependency chl1d*) yang belum dipelajarinya sebelumnya dan (3) menggunakan penghukuman/pidana sebagai prinsip pembelajaran untuk mengubah perilaku anak tersebut)."⁹

Pertimbangan tersebut di atas menjadi pertimbangan aparat penegak hukum menangani kasus anak yang sedang ditanganinya, sehingga berusaha menghindarkan anak untuk diteruskan ke sistem peradilan pidana formal.

Menurut sejarah hukum di Amerika Serikat pengertian diversi adalah memberikan jalan alternatif kepada anak yang diproses pada peradilan orang dewasa atau yang akan ditempatkan di lembaga pemasyarakatan. Diversi di Amerika Serikat dikemukakan juga dengan istilah *neighborhood* program.

Program ini dirancang untuk mernpertimbangkan anak yang beresiko tinggi berada dalam sistem peradilan pidana daripada anak lain (anak tertentu) untuk memberikan tindakan alternatif diversi dari peradilan.

Kedua kebijakan baik diversi atau *neighborhood* dibangun dari tradisi pelayanan masyarakat. Program ini dilakukan dengan tujuan mengurangi delinkuensi dengan menyediakan kegiatan konseling/bimbingan mental,

⁹ Jerome Stumphauzer, *Helping Delinquent Change: A Treatme1 1t Manual Q [Social Learning Approaches*, New York: Haworth Press, 1991.

tindakan kesehatan, kesempatan untuk bekerja, rekreasi -dan aktivitas akademik dan sosial dalam beberapa model dan cara tertentu yang dianggap baik bagi anak. Program pelayanan masyarakat diberikan dengan memperhatikan prinsip perilaku yang sesuai bagi anak berdasarkan penelitian dan metode ilmiah. Penelitian tersebut bertujuan untuk mendapatkan jenis program yang tepat sesuai kondisi masing-masing anak.

D. Sejarah Diversi

Menurut catatan sejarah di negara Inggris polisi telah lama melakukan diskresi dan mengalihkan anak kepada proses nonformal seperti pada kasus penanganan terhadap anak-anak yang mempergunakan barang mainan yang membahayakan orang lain. Catatan pertama kali dilakukannya perlakuan khusus untuk anak atas tindak pidananya adalah pada tahun 1833, yakni dengan melakukan proses informal di luar peradilan.¹⁰ Selanjutnya dibuat pemisahan. Peradilan untuk anak-anak di bawah umur yang diatur dalam *Children Act* tahun 1908. Menurut aturan *Children Act* tahun 1908 polisi diberi tugas menangani anak sebelum masuk ke pengadilan dengan lebih memperhatikan pemberian kesejahteraan dan keadilan kepada anak pelaku tindak pidana. Pemberian perlakuan khusus terhadap anak pelaku tindak pidana ini termasuk program diversi.

Di Inggris perkembangan pelaksanaan diversi terhadap anak terus dilaksanakan sampai akhirnya tercatat akhir abad ke-19 yaitu, negara Inggris yang merupakan negara yang

¹⁰ Loraine Geltsthorpe & Nicola Padfield, *Op. Cit.*, hlm. 29.

paling banyak melakukan diversi terhadap anak dengan menggunakan peradilan khusus untuk anak atau pengadilan anak.¹¹ Pada tahun 1890 di negara Australia semasa berada dalam kolonial Inggris telah melakukan pemisahan peradilan anak dan dewasa dan dilakukan pelatihan dan pendidikan bagi para petugas peradilan untuk melakukan rehabilitasi terhadap anak, sedangkan di Amerika Serikat pembuatan pengadilan anak yang pertama pada tahun 1899 dengan membuat perlakuan hukum khusus bagi pelaku anak.¹²

Program yang besar pada abad ke-19 tentang gerakan keselamatan anak yaitu untuk membuat bentuk peradilan yang bersifat informal, lebih memberi perhatian terhadap masalah perlindungan anak secara alami daripada menitik-beratkan sifat pelanggaran yang dilakukannya. Selain itu untuk memindahkan tanggung jawab dengan memperhatikan kesejahteraan dan kepentingan terbaik untuk anak daripada keadilan terhadap pribadi atau memberikan kekuasaan kepada peradilan untuk menyatakan anak telah bersalah melakukan pelanggaran hukum.

Saat ini ada fenomena peningkatan jumlah kejahatan anak muda yang disebabkan atau dipengaruhi oleh kesalahan dan kekeliruan dari sistem peradilan anak yang ada. Gabungan hak masyarakat sipil dan pergerakan anti perang telah menghasilkan suatu iklim moral dalam pengakuan secara umum oleh lembaga-lembaga pemerintah di berbagai negara, khususnya perhatian terhadap keadilan,

¹¹ J. Wundersitz, *Juvenile Justice*, in K.M. Hazlehurst (ed.), *Crime Justice: An Australian Textbook in Criminology*, New South Wales: Noth Ryde, 1996, hlm. 150.

¹² L. Empey & MC. Stafford, *American Delinquency, USA*: Homewood Illinois, 1981, hlm. 59.

yang ditandai dengan pengkajian ulang keadilan yang ada pada saat ini.

Ilmu sosial mempunyai peran untuk melawan sistem yang telah berjalan saat ini paling tidak dengan dua cara. Pertama dari sisi teori labeling yang diakibatkan sistem peradilan pidana formal telah memberikan identitas negatif bagi pelaku anak sehingga membahayakan kehidupan mereka secara sosial. Kedua ada akumulasi dari pengaruh studi evaluasi yang memberikan dukungan kepada kesimpulan umum bahwa kekurangan tersebut menjadi usaha untuk merekapitulasi atau memperbaiki komponen peradilan yang tidak berjalan dalam sebuah sistem peradilan.¹³ Tahun 1960, kedua pemikiran ini digabungkan ketika adanya pertumbuhan yang tinggi terjadinya penyimpangan dan hak hukum dari anak. Akhirnya kedua pemikiran tersebut menghasilkan model kesejahteraan. Model kesejahteraan melakukan pendekatan yang berbeda dalam melakukan upaya cara penanganan tindak pidana yang dilakukan oleh anak. Selanjutnya dengan pertimbangan tersebut diharapkan pengambilan keputusan pemidanaan dilakukan melalui perundingan di luar sistem peradilan pidana formal yang ada. Muncie J.¹⁴ berpendapat sedikitnya ada tiga komponen berbeda yang diinginkan masyarakat umum berdasarkan pendapat yang dikemukakan Cohen pada tahun 1985. Ketidakteraturan yang dikemukakan Cohen yaitu, termasuk:

¹³ Kenneht Folk, *Op. Cit.*, hlm. 2.

¹⁴ Muncie J., *Youthand Crime. Acritical Introduction* London: Sage, 1998, hlm. 275.

1. Diversi dari kejahatan, jenisnya adalah sejumlah pendekatan baik lembaga pemerintah atau sosial dalam usaha pencegahan kejahatan (*crimeprevention*).
2. Diversi dari penuntutan, termasuk tahapan dari polisi atau peradilan anak untuk memindahkan anak muda dari sistem peradilan pidana formal setelah persentuhan awal dan juga kepada keputusan hakim pengadilan.
3. Diversi dari tahanan, termasuk prosedur dan tahapan mencari sanksi alternatif melalui pengecualian dalam memberikan tuntutan dan menjatuhkan hukuman terhadap anak muda atau melalui penahanan yang dibuat dalam kerangka institusi lembaga anak negara.

Tiga hal di atas perlu dilakukan untuk mendukung proses kriminal yang dijalankan terhadap anak selain proses yang ada dalam. Penanganan kriminal secara formal pada umumnya. Di Australia tahun 1980 sampai dengan tahun 1990 mengalami proses reformasi mereka mengkritik bentuk perlindungan yang diberikan dalam peradilan pidana anak. Keberadaan peradilan anak (*dueproces*) dan intervensi masalah nonkriminal akan dapat memenuhi tuntutan masyarakat dalam menangani perkara anak.

Menurut Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidarta, tujuan hukum tidak bisa dilepaskan dari tujuan akhir hidup bermasyarakat yang tidak dapat dilepaskan dari nilai-nilai dan falsafah hidup yang menjadi dasar hidup masyarakat itu, yang akhirnya bermuara pada keadilan.¹⁵ Pakar hukum Inggris Jeremy Bentham memperkenalkan tentang teori tujuan hukum. Menurut Bentham, hukum bertujuan untuk

¹⁵ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hlm. 15.

mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (*efektif*). Adagiumnya yang terkenal adalah, "*The greatest happiness for the greatest number*" artinya, "kebahagiaan yang terbesar untuk jumlah yang terbanyak". Ajaran ini disebut sebagai "*eudaemonisme*" atau "*utilitarisme*". Dalam teori ini diajarkan bahwa hanya dalam ketertibanlah setiap orang akan mendapat kesempatan untuk mewujudkan kebahagiaan yang terbanyak.¹⁶

Berkaitan dengan tujuan hukum Achmad Ali mengemukakan bahwa persoalan tujuan hukum dapat dikaji melalui 3 (tiga) sudut pandang yaitu:¹⁷

1. Dari sudut pandang ilmu hukum positif-normatif, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepatian hukum;
2. Dari sudut pandang falsafah hukum, maka tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan;
3. Dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan.

Pendapat Achmad Ali di atas yang juga mengacu kepada pendapat yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch dengan istilah "tiga ide dasar hukum", masing-masing: keadilan, kemanfaatan hukum dan kepastian hukum. Kalau dikatakan tujuan hukum adalah sekaligus: keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, tentunya dalam penerapannya di kemudian hari akan timbul benturan antara satu dengan lainnya. Untuk mengetahui bagaimana seharusnya hubungan antara: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, Radburch mengenal asas "*prioritas*" yakni yang pertama-tama wajib diprioritaskan

¹⁶ Boy Nurdin, *Op. Cit.*, hlm. 19.

¹⁷ Achmad Ali, *Op. Cit.*, hlm. 99.

adalah “keadilan”, baru kemudian “kemanfaatan” dan yang terakhir adalah “kepastian hukum”.¹⁸

Secara teoritis, terdapat beberapa pendapat mengenai teori tujuan hukum *Pertama*, Teori Etis yang mengajukan tesis bahwa hukum itu semata-mata bertujuan untuk menemukan keadilan. Isi hukum ditentukan oleh keyakinan yang etis tentang apa yang adil dan yang tidak adil. Dengan perkataan lain, hukum bertujuan untuk merealisasikan atau mewujudkan keadilan. Salah seorang pendukung teori ini adalah Geny. Keprihatinan mendasar dari teori etis ini terfokus pada dua pertanyaan tentang keadilan itu, yakni (1) menyangkut hakikat keadilan, dan (2) menyangkut isi atau norma untuk berbuat secara konkrit dalam keadaan tertentu. Menurut para penganut teori etis ini, bahwa hakikat keadilan itu terletak pada penilaian terhadap suatu perlakuan atau tindakan. Dalam hal ini ada dua pihak yang terlibat, yaitu pihak yang memperlakukan dan yang menerima perlakuan. Misalnya, antara orangtua dengan anaknya, majikan dan guru, hakim dan yustisiabel, pemerintah dan warganya serta kreditur dan debitur.¹⁹ Secara ideal, hakikat keadilan itu tidak hanya dilihat dari satu pihak saja, tetapi harus dilihat dari dua pihak. Namun demikian, kesulitannya terletak pada pemberian batasan terhadap isi keadilan itu. Akibatnya, dalam praktik ada kecenderungan untuk memberikan penilaian terhadap rasa keadilan hanya menurut pihak yang menerima perlakuan saja.

Aristoteles membedakan keadilan menjadi dua macam keadilan, yaitu *justisia distributive* yang menghendaki setiap orang mendapat apa yang menjadi haknya, dan *justisia*

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 99.

¹⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 57.

commutative yang menghendaki setiap orang mendapat hak yang sama banyaknya (keadilan yang menyamakan). Demikian pula Roscou Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang dapat diberikan kepada masyarakat,²⁰ berupa pengalokasian sumber-sumber daya kepada anggota-anggota dan kelompok-kelompok dalam masyarakat. *Kedua*, Teori Utilitas. Penganut teori ini antara lain Jeremy Bentham, berpendapat bahwa tujuan hukum adalah untuk menjamin kebahagiaan terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya (*The greatest good of the greatest number*). Pada hakikatnya hukum dimanfaatkan untuk menghasilkan sebesar-besarnya kesenangan atau kebahagiaan bagi jumlah orang yang terbanyak. *Ketiga*, Teori Campuran, yang berpendapat bahwa tujuan pokok hukum adalah ketertiban, dan oleh karena itu ketertiban merupakan syarat bagi adanya suatu masyarakat yang teratur. Di samping ketertiban Mochtar Kusumaatmadja berpendapat bahwa tujuan lain dari hukum adalah untuk mencapai keadilan secara berbeda-beda (baik isi maupun ukurannya) menurut masyarakat dan zamannya.²¹

Demikian pula Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto berpendapat bahwa tujuan hukum adalah demi kedamaian hidup antar pribadi yang meliputi ketertiban ekstern antar pribadi dan ketengangan intern pribadi.²² Pendapat ini hampir serupa yang diberikan oleh Van Apeldoorn, bahwa pada dasarnya hukum bertujuan untuk mengatur pergaulan hidup manusia secara damai. Soebekti berpendapat hukum itu mengabdikan kepada tujuan negara untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan bagi rakyatnya.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 58.

²¹ *Ibid.*, hlm. 68.

²² Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Op. Cit.*, hlm. 67.

Diasumsi bahwa dengan mengabdikan kepada tujuan negara itu, hukum mewujudkan keadilan dan ketertiban.

Berbagai tujuan yang hendak diwujudkan dalam masyarakat melalui hukum yang dibuat itu, sekaligus menyebabkan tugas maupun fungsi hukum pun semakin beragam. Secara garis besar tujuan-tujuan tersebut meliputi pencapaian suatu masyarakat yang tertib dan damai, mewujudkan keadilan, serta untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan atau kesejahteraan.²³

Hukum positif hanyalah perwujudan dari adanya norma-norma dan dalam rangka untuk menyampaikan norma-norma hukum. Hans Kelsen mengatakan “... *every law is a norm* ...” Perwujudan norma tampak sebagai suatu bangunan atau susunan yang berjenjang mulai dari norma positif tertinggi hingga perwujudan yang paling rendah yang disebut sebagai *individual norm*. Teori Hans Kelsen yang membentuk bangunan berjenjang tersebut disebut juga *Stufen Theory*. Akhirnya, norma-norma yang terkandung dalam hukum positif itu pun harus dapat ditelusuri kembali sampai pada norma yang paling dasar yaitu *Grundnorm*. Oleh karena itu, dalam tata susunan norma hukum tidak dibenarkan adanya kontradiksi antara norma hukum yang lebih rendah dengan norma hukum yang lebih tinggi. Agar keberadaan hukum sebagai suatu sistem tetap dapat dipertahankan, maka ia harus mampu mewujudkan tingkat kegunaan (*efficaces*) secara minimum. *Efficacy* suatu norma ini dapat terwujud apabila (1) ketaatan warga dipandang sebagai suatu kewajiban yang dipaksakan oleh norma, dan (2) perlu adanya persyaratan berupa sanksi yang diberikan oleh norma.

²³ Esmi Warassih, *Op. Cit.*, hlm. 26.

Keadilan restoratif (*restorative justice*) telah menjadi suatu konsep baru yang telah banyak diterima oleh masyarakat di dunia untuk dijadikan sebagai suatu *inspiring* dalam sistem pemidanaan. Di samping konsep, keadilan restoratif (*restorative justice*) telah dijadikan pula sebagai suatu model atau mekanisme penegakan hukum pidana melalui pendekatan keadilan restoratif.

Dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, keadilan restoratif telah diadopsi salah satunya yaitu dalam sistem peradilan pidana anak yang terakomodir di dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Di dalam Pasal 1 Ayat (7) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak didefinisikan, keadilan restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Konsep dan teori pemidanaan terus mengalami perkembangan mulai dari teori keadilan tradisonal seperti *retributive justice* hingga teori keadilan modern seperti *restorative justice*. Tidak mudah untuk memberikan definisi *restorative justice*, sebab banyak variasi model dan bentuk yang berkembang dalam penerapannya. Oleh karena itu, banyak terminologi yang digunakan untuk menggambarkan konsep *restorative justice*, seperti *communitarian justice* (keadilan komunitarian), *positive justice* (keadilan positif), *relational justice* (keadilan relasional), *reparative justice* (keadilan reparatif), dan *comunitty justice* (keadilan masyarakat).

Muladi, dalam tulisannya menguraikan tentang substansi *restorative justice* atau keadilan restoratif yang diartikan sebagai penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, bukan pembalasan.

Istilah "*restorative justice*" diciptakan oleh seorang psikolog Albert Eglash pada tahun 1977, dalam tulisannya tentang ganti rugi atau pampasan (*reparation*). Keadilan restoratif ini sangat peduli dengan usaha membangun kembali hubungan-hubungan setelah terjadinya tindak pidana, tidak sekedar memperbaiki hubungan antara pelaku dan masyarakat. Keadilan restoratif tidak semata-mata menerapkan keputusan tentang siapa yang menang dan siapa yang kalah dalam sistem peradilan pidana yang bersifat permusuhan/perlawanan (*adversarial system*), proses keadilan restoratif mencari suatu fasilitas dialog antara segala pihak yang terdampak oleh kejahatan termasuk korban, pelaku, para pendukungnya, dan masyarakat secara keseluruhan. Hal ini melibatkan suatu proses di mana semua pihak yang berisiko dalam kejahatan tertentu secara bersama-sama berusaha untuk menyelesaikan secara kolektif bagaimana menangani setelah terjadinya kejahatan dan implikasinya di masa depan. Dari definisi yang disampaikan di atas maka dapat kita mengetahui karakteristik dari *restorative justice*. Muladi²⁴ secara rinci menyatakan beberapa karakteristik dari *restorative justice*, yaitu:

²⁴ Angkasa, dkk., "Model Peradilan Restoratif dalam Sistem Peradilan Anak (Kajian tentang Praktik Mediasi Pelaku dan Korban dalam Proses Peradilan Anak di Wilayah Hukum Balai Pemasyarakatan Purwokerto)", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 9, No. 3, September 2009, hlm. 189.

1. Kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran seorang terhadap orang lain dan diakui sebagai konflik,
2. Titik perhatian pada pemecahan masalah, pertanggung jawaban, dan kewajiban pada masa depan,
3. Sifat normatif dibangun atas dasar dialog dan negosiasi,
4. Restitusi sebagai sarana perbaikan para pihak, rekonsiliasi dan restorasi sebagai tujuan utama,
5. Keadilan dirumuskan sebagai hubungan-hubungan hak, dinilai atas dasar hasil,
6. Sasaran perhatian pada perbaikan kerugian sosial,
7. Masyarakat merupakan fasilitator di dalam proses *restorative*,
8. Peran korban dan pelaku tindak pidana diakui, baik dalam masalah maupun penyelesaian hak-hak dan kebutuhan korban, pelaku tindak pidana didorong untuk bertanggung jawab,
9. Pertanggungjawaban si pelaku dirumuskan sebagai dampak permohonan terhadap perbuatan dan untuk membantu memutuskan yang terbaik,
10. Tindak pidana dipahami dalam konteks menyeluruh, moral, sosial dan ekonomi, dan
11. Stigma dapat dihapus melalui tindakan *restorative*.

Lebih lanjut Muladi mengatakan, tujuan utama *restorative justice* adalah pencapaian keadilan yang seadil-adilnya terutama bagi semua pihak yang terlibat di dalamnya, dan tidak sekadar mengedepankan penghukuman. Keadilan yang saat ini dianut, yang oleh kaum abolisionis disebut sebagai keadilan retributif, sangat berbeda dengan keadilan restoratif. Menurut keadilan retributif, kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran

seseorang terhadap orang lain. Selain itu, keadilan retributif berpandangan bahwa pertanggungjawaban si pelaku tindak pidana dirumuskan dalam rangka pemidanaan, sedangkan keadilan restoratif berpandangan bahwa pertanggungjawaban si pelaku dirumuskan sebagai dampak pemahaman terhadap perbuatan dan untuk membantu memutuskan mana yang paling baik. Dilihat dari sisi penerapannya, keadilan retributif lebih cenderung menerapkan penderitaan penjeraan dan pencegahan, sedangkan keadilan restoratif menerapkan restitusi.



DIVERSI DALAM PENANGANAN HUKUM TERHADAP ABH

A. Diversi dalam Penegakan Hukum terhadap ABH

Penegakan hukum merupakan bagian sangat penting dibicarakan bila ingin menjawab bagaimana diversi dapat memberikan jaminan penegakan hukum bagi masyarakat baik korban, pelaku dan masyarakat. Penegakan hukum yang dalam bahasa Inggris adalah *law enforcement* dan dalam bahasa Belanda *rechtstoepassing*, *rechtshandhaving* merupakan kewajiban dari seluruh masyarakat untuk mentaati hukum yang diberlakukan.

Penegakan hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Masyarakat tidak hanya menjadi objek dari hukum tetapi berperan aktif dalam penegakan hukum.¹ Agar kepentingan manusia terlindungi hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat juga terjadi karena adanya pelanggaran hukum. Tiga unsur yang harus diperhatikan dalam penegakan hukum, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeits*). Keadilan (*gerechtigkeits*) artinya hukum harus dilaksanakan dalam keadaan bagaimana pun. Kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) artinya hukum memberikan manfaat atau kegunaan bagi manusia. Keadilan (*gerechtigkeits*) yaitu hukum

¹ Satjipto Raharjo, *Op. Cit.*, hlm. 181.

bersifat adil sama rata bagi setiap orang. Ketiga unsur tersebut harus seimbang dalam pelaksanaan hukum. Ketiga unsur pelaksanaan penegakan hukum inilah yang dikenal dengan tiga tujuan hukum yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtigkei*), dan kemanfaatan (*zweckmassigkei*).² Tujuan dari penegakan hukum adalah untuk membangun kepercayaan masyarakat umum terhadap hukum dengan menunjukkan bahwa hukum secara luas memperdulikan harapan masyarakat, dan bujukan serta ajakan untuk mematuhi. Menurut Wesley Cragg³ penggunaan kekuasaan hukum yang minimum merupakan sebuah prinsip yang penting dalam mengarahkan usaha penegakan hukum dan mengurangi usaha penggunaan kekuatan hukum merupakan hal yang penting karena kekerasan sering menggeser sifat asli dari moral seseorang yang menerimanya. Pemaksaan (*coercion*) dapat mengacaukan moral dan jiwa seseorang dan merangsangnya untuk kehilangan sikap kerelaan menerima aturan hukum yang ada. Penghargaan nilai moral individu seseorang oleh hukum memberi ruang yang lebih luas terhadap moral seseorang untuk bisa menerima aturan hukum secara sukarela. Pertimbangan tersebut membuat perlunya mengedepankan isu pengaturan bagi terdakwa yang dikenal dengan prinsip diversi. Penggunaan diversi dilakukan pada saat ada beberapa alternatif yang mungkin dilakukan untuk menyelesaikan konflik tersebut.

Pelaksanaan diversi berupaya mengurangi penggunaan kekuatan dan berusaha menyelesaikan dan mengakhiri

² Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, Cetakan Pertama, 1993, hlm. 1.

³ Wesley Cragg, *he Practiceof Punishment, Toward a Theory of Restorative Justice*, London and New York: Roulledge, 1993, hlm. 132.

pertikaian atau konflik. Penggunaan jalan penghukuman sebagai usaha paling akhir penyelesaian konflik oleh pemerintah dalam memastikan ketaatan kepada hukum. Jadi memperbaiki kepercayaan masyarakat terhadap hukum dan aturannya merupakan tujuan dari penegakan hukum itu sendiri.

Penerapan prinsip diversi merupakan pengarahannya penggunaan hak diskresi oleh petugas untuk mengurangi kekuatan hukum pidana dalam menangani perkara terutama perkara anak. Oleh karena itu untuk menjalankan diversi diperlukan aturan dan cara pelaksanaan yang benar-benar dibangun agar dapat menjadi sisi lain dari penegakan hukum yang tepat pada masyarakat.⁴

Pelaksanaan diversi melibatkan semua aparat penegak hukum dari lini mana pun. Diversi dilaksanakan pada semua tingkat proses peradilan pidana. Prosesnya dimulai dari permohonan suatu instansi atau lembaga pertama yang melaporkan tindak pidana atau korban sendiri yang memberikan pertimbangan untuk dilakukannya diversi. Adanya perbedaan pandangan dalam setiap permasalahan yang ditangani tergantung dari sudut pandang petugas dalam menentukan keputusan, akan tetapi inti dari konsep diversi yaitu mengalihkan anak dari proses formal ke informal.

Diversi merupakan jalan orang untuk dikeluarkan dari sistem peradilan pidana. Tapi diskresi dapat melakukan dua hal yaitu tindakan memasukan atau mengeluarkan seseorang dari sistem peradilan pidana. Kita harus dapat membedakan antara diskresi dengan diskriminasi dan pembedaan. Sistem peradilan dengan diskriminasi ditujukan

⁴ *Ibid.*

untuk hal yang positif begitu juga dengan petugas yang melakukannya dalam hal yang positif juga untuk menjadikannya bersifat adil maka hukum dan kebijakan yang dibuat harus pasti namun fleksibel.

Diskriminasi yang bersifat negatif akan terjadi bila tidak adanya aturan yang mengikat dan seragam. Aturan yang mengikat dan keseragamannya untuk tujuan yang positif Dua hal yang sulit untuk disatukan yaitu di satu sisi diskresi harus seragam namun di lain pihak berusaha untuk menggunakan kebijakan secara individu pada setiap kasus.

Diskriminasi sering dikaitkan dengan konsep prasangka yakni suatu anggapan bahwa seseorang atau kelompok sebagai kelompok yang rendah atau sulit. Suatu studi dalam peradilan pidana mengenai diskriminasi menunjukkan bahwa terjadinya diskriminasi karena membelokkan hukum dan diskresi individu secara luas dan adanya sedikit pemaksaan dalam mengambil kebijakan. Pembuat kebijakan sering berdasakan pada kebijakan yang subjektif.⁵ Pembedaan (*disparity*) terhadap suatu kasus yang dilakukan oleh hakim sangat sulit dipahami. Hal ini sama sulitnya ketika memahami konsep diversi. *Disparity* dalam siklus peradilan pidana kebanyakan dikelompokkan dengan pemidanaan dan praktik pemberian hukuman yang berbeda untuk bentuk pelanggaran yang sama. Pelaku dan korban telah didamaikan secara terpisah. *Disparity* atau pembedaan dapat dilakukan sehingga tidak sama dengan apabila masuk dalam sistem peradilan pidana. Pembedaan tersebut dapat dilakukan untuk kepentingan terbaik tanpa adanya pemaksaan.

⁵ *Ibid.*, hlm. 5.

Diversi membedakan dengan menitikberatkan sifat konsisten pada kasusnya berbeda dengan diskriminasi, yang tidak berdasarkan hukum dan menunjukkan penggunaan kriteria pemdaan yang tidak sah. Kedua hal tersebut dapat dibedakan dengan keahlian petugas dalam pengalaman dan latihan pelaksanaan diskresi. Pelatihan tentang diskresi dapat berjalan dalam sebuah cara negatif yang mengawali perbedaan yang tidak dibenarkan yaitu berupa diskriminasi. Pada saat yang sama diskresi dapat juga dikatakan sebagai perangsang rasa keadilan. Tindakan terhadap pelanggar mungkin dirasakan tidak sama pada saat yang lain, karena alasan yang diambil petugas (subjektifitas) dalam membuat kebijakan belum tentu sama.

Pembuat kebijakan membuat beberapa pembelaan untuk hal yang positif yakni dalam hal fleksibilitas. Sebenarnya hukum dan kebijakan keduanya haruslah pasti tapi tetap fleksibel. Di satu sisi hukum memberikan kepastian keadilan namun di sisi lain keadilan adalah fleksibel dalam memperolehnya.

Dikatakan diskriminasi yang negatif terjadi di mana ada ikatan kekuasaan yang mempengaruhi dasar dari sebuah kebijakan diversifikasi. Ketidakteraturan dari kebijakan berarti banyaknya alasan dan pertimbangan petugas dalam ikatan kesamaan pengakuan dari kekuatan diversifikasi. Konsep untuk membuat kebijakan diversifikasi merupakan sebuah proses yang melibatkan faktor-faktor internal dan eksternal dari penentu kebijakan itu sendiri. Dalam sebuah kutipan putusan pengadilan⁶ dinyatakan bahwa seseorang dapat diberikan hukuman adalah karena untuk memastikan

⁶ Loreine Gels Thorpeand & Nicola Padfield, *Op. Cit.*, hlm. 97.

penyebab kejahatan pada dirinya dapat hilang sama sekali. Apabila dianggap penyebab tersebut sulit untuk dihilangkan maka boleh jadi seseorang itu harus mendapatkan hukuman yang lama atau bahkan seumur hidup.

Uraian kutipan putusan pengadilan yang memutus dapat ditarik pengertian bahwa yang paling menentukan kebijakan daripada tindakan diversi atau tidak adalah pernyataan yang mengisyaratkan bahwa pelaku bisa berubah, sulit berubah, atau tidak dapat berubah lagi. Keputusan tersebut sangat tergantung dari kualitas *psychiatrist* yang menangani pelaku dan hakim sebagai penentu kebijakan terakhir. Ada konsep sederhana bahwa dalam pembuatan kebijakan. *Pertama*, merupakan sebuah proses masalah kehalusan rasa dan sifat perubahan atau kedinamisan. *Kedua*, mengenai permasalahan keaslian atau validitas informasi yang didapat dan dijadikan pegangan dalam menentukan kebijakan. *Ketiga*, ada batasan pelaksanaan dalam pembuatan kebijakan yaitu ideologi, simbol-simbol tertentu, sosi (politik, ekonomi) dan hubungan sesama. *Keempat*, pemahaman atau interpretasi dari petugas pembuat kebijakan yang harus memahami sebuah persoalan. Empat persoalan tersebut menentukan efektifitas dari kebijakan yang dibuat. Sedangkan diversi itu sendiri dibuat dengan pertimbangan yang dilakukan oleh seorang petugas yang kadangkala dalam praktiknya memperhitungkan waktu yang singkat dalam membuat keputusannya. Tentunya pertimbangan-pertimbangan yang dibuat sangat tergantung kondisi individu dan pembuat kebijakan tersebut. Proses selanjutnya apakah bentuk dari negosiasi dan interaksi yang diperlukan apakah teknik untuk mempermudah mengasumsikan, membuat

karateristik dan dari suatu persoalan. Pada akhirnya untuk melakukan hal-hal tersebut hanya akan mempertimbangkan akibat sepihak yang terjadi dari sesuatu tanpa memikirkan risiko atau akibat dari kebijakan itu pada orang lain.

Termasuk dalam salah satu proses mencari dasar kebijakan yang akan diambil adalah pemeriksaan (*hearing*) yang dibagi dalam 4 tingkatan yaitu:⁷ diskusi pra-pemeriksaan, pemeriksaan, pertimbangan, pembuatan draft alasan untuk sebuah kebijakan, yang semuanya dibuat secara lengkap. Permasalahan pelaksanaan pembuatan catatan tentang pelaku dipengaruhi oleh waktu cukup singkat yang ada saat pembuatan litmas sampai saat pemeriksaan dan keterbatasan pembuatan laporan. Anggota panitia harusnya menerima catatan pelaku sebelum pemeriksaan dengan waktu yang cukup, sehingga dapat dibaca dan diteliti serta dipertimbangkan secara matang guna mendapatkan keputusan yang tepat dan bijaksana. Contoh kasus pelaku dengan tuntutan seumur hidup,⁸ tentunya akan sangat sulit untuk mendapatkan hasil penelitian awal pembuatan kebijakan yang membebaskannya mengingat waktu pembuatan catatan pelaku yang singkat. Kebijakan diversi dapat juga dilakukan oleh petugas tahanan, sehingga narapidana juga dapat dibebaskan dengan dukungan dan pembelaan petugas tahanan kebijakan diversi dilakukan oleh sebuah panitia yang dikepalai seorang jaksa dan dihadiri oleh psikiater, petugas medis kriminolog, petugas tahanan dan anggota yang tidak partisan. Alur fikirnya pembuatan keputusan berdasarkan petunjuk aniran

⁷ *Ibid.*, hlm. 98.

⁸ *Ibid.*

tetap yang dibuat secara bersama dalam bingkai kebijakan standar. Bingkai kebijakan yang ada dirangkai berdasarkan aspek moral, kelembagaan, profesi dan kerangka undang-undang dan ideologi yang mengandung nilai seperti prinsip rehabilitasi, efisiensi, manusiawi dan keadilan.

Menurut Hawkins⁹ kerangka berfikir seperti kejujuran merupakan suatu hal yang harus digerakkan oleh aturan yang standar dan pasti, karena prinsip kejujuran kadang akan berubah seiring perjalanan karir, kepentingan, politik, sosial dan interaksi satu sama lain. Tatacara dalam memprediksikan adanya sifat bahaya (membahayakan) maka petugas pembuat kebijakan seperti hakim telah mengelompokkan sanksi hukuman bagi pelaku atas setiap fakta kesalahan yang diperolehnya, yang mana menurut pertimbangannya pelaku akan sanggup menjalankannya dan dengan sanksi tersebut mencegahnya kembali melakukan tindakan pidana.

Ada empat hal yang sulit diprediksi dalam menentukan kebijakan yaitu:¹⁰ ketidakadilan yang sudah dianggap biasa di masyarakat, kejahatan masa lalu dan akan datang, kesalahan dalam menilai pendirian tidak bersalah dan ketegasan yang meyakinkan dari seseorang dan tidak tepatnya perkiraan yang dibuat.

Untuk¹¹ menjelaskan bahwa kritik secara kebijakan dan etis terhadap perkiraan hukuman, karena anggapan bahwa perkiraan hukuman menghancurkan hukum itu sendiri tidaklah tepat, hal itu tergantung dari pembentukan cakrawala berfikir seseorang terhadap prinsip pemidanaan. Prinsip retributif sangat menolak hukuman yang berdasarkan atas

⁹ *Ibid.*, hlm. 116.

¹⁰ *Ibid.*, hlm. 117.

¹¹ *Ibid.*, hlm. 118.

perkiraan ke depan atas suatu tindakan pidana sedangkan prinsip utilitarian cenderung untuk menerima konsep ini.

Hawkins menyebutkan jalannya pembuatan kebijakan didasari oleh:

1. Ideologi memilih pembuat kebijakan dengan hati-hati karena khawatir dalam menghukum terjadi kebijakan yang memberatkan atau terlalu meringankan. Oleh karena itu diperlukan panduan ideologi dalam sebuah kerangka (*masterframe*) yang tepat sehingga melindungi keadilan masyarakat.
2. Pensimbolan: merupakan bentuk representatif dari harapan masyarakat bahwa kenetralan harus selalu ditegakkan oleh para pembuat kebijakan.
3. Sosial-politik: para pembuat kebijakan tidak dapat mengabaikan peningkatan sosial dan politik yang berkembang di masyarakat. Kesesuaian kebijakan harus dilandasi pada harapan masyarakat luas
4. Ekonomi memikirkan biaya yang dikeluarkan dalam menangani pelaku kriminal bagi operasional persidangan apabila harus dilanjutkan dan bila mereka harus berada di penjara.
5. Organisasi keterpaduan pengelolaan lembaga pembuat kebijakan sehingga mempermudah proses. Ketidakjelasan fungsi masing-masing dalam proses akan membuat perbedaan pendapat setiap pembuat kebijakan atas suatu kasus.
6. Interaksi: merupakan hubungan dengan lembaga lain yang bekerja saling berhubungan. Setiap lembaga yang berhubungan dengan penegakan hukum harus saling berkomunikasi untuk mencapai kesamaan visi putusan.

B. Pendekatan *Restorative Justice* dan Penanganan ABH

Dalam Pasal 1 butir (6) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak menyatakan, keadilan restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

Pasal 5 UU-SPPA menegaskan Sistem Peradilan Pidana Anak wajib mengutamakan pendekatan keadilan restoratif sistem peradilan pidana anak meliputi:

1. Penyidikan dan penuntutan pidana Anak yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan Perundang-undangan, kecuali ditentukan lain dalam Undang-Undang ini;
2. Persidangan Anak yang dilakukan oleh pengadilan di lingkungan peradilan umum; dan
3. Pembinaan, pembimbingan, pengawasan, dan/atau pendampingan selama proses pelaksanaan pidana atau tindakan dan setelah menjalani pidana atau tindakan.
4. Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak wajib diupayakan Diversi.

Diversi bertujuan:

1. Mencapai perdamaian antara korban dan Anak;
2. Menyelesaikan perkara Anak di luar proses peradilan;
3. Menghindarkan Anak dari perampasan kemerdekaan;
4. Mendorong masyarakat untuk berpartisipasi; dan
5. Menanamkan rasa tanggung jawab kepada Anak.

Pasal 7 Ayat (2) merumuskan Diversi wajib diupayakan pada tingkat penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan perkara anak di Pengadilan Negeri. Peluang besar yang diberikan UU-SPPA ini harus dipandang sebagai upaya yang serius dari pemerintah untuk tetap memberikan peluang bagi ABH untuk menyelesaikan perkara secara kekeluargaan dan menghindarkan anak dari penghukuman. Kewajiban melaksanakan Diversi mulai penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di Pengadilan dilaksanakan dalam hal tindak pidana yang dilakukan diancam dengan pidana penjara di bawah 7 (tujuh) tahun dan bukan merupakan pengurangan tindak pidana. Terhadap ABH yang melakukan tindak pidana dengan ancaman di atas 7 (tujuh) tahun tidak wajib dilakukan Diversi namun tetap dilakukan dengan prinsip restoratif dan kepentingan terbaik bagi anak. Hanya saja bagi ABH yang melakukan tindak pidana yang ancaman pidana 7 (tujuh) tahun ke atas dan merupakan pengurangan maka tidak dilakukan Diversi.

Pasal 8 UU-SPPA menyebutkan proses Diversi dilakukan melalui musyawarah dengan melibatkan Anak dan orangtua/wali, korban dan/atau orangtua/wali, Pembimbing Kemasyarakatan, dan Pekerja Sosial Profesional berdasarkan pendekatan *restorative justice*. Pada proses Diversi ini wajib memperhatikan: kepentingan korban, kesejahteraan dan tanggung jawab anak, penghindaran stigma negatif, penghindaran pembalasan, keharmonisan masyarakat serta kepatutan, kesusilaan dan ketertiban umum. Dalam Pasal 9 Ayat (1) Penyidik, Penuntut Umum dan Hakim dalam melakukan Diversi harus mempertimbangkan kategori tindak pidana; umur anak; hasil penelitian kemasyarakatan dari Bapas; dukungan lingkungan keluarga dan masyarakat. Pasal 9

Ayat (2) merumuskan kesepakatan Diversi harus mendapat persetujuan korban dan/atau keluarga anak korban serta kesediaan anak dan keluarganya. Namun UU-SPPA memberikan pengecualian terhadap tindak pidana berupa pelanggaran; tindak pidana ringan; tindak pidana tanpa korban dan nilai kerugian tidak lebih dari nilai upah minimum provinsi setempat; kesepakatan Diversi dapat dilakukan tanpa persetujuan korban dan/atau keluarga anak korban. Dalam hal ini kesepakatan Diversi dapat dilakukan oleh penyidik bersama pelaku dan/atau keluarganya, Pembimbing Kemasyarakatan, serta dapat melibatkan tokoh masyarakat. Kesepakatan diversi dapat berbentuk: pengembalian kerugian dalam hal ada korban; rehabilitasi medis dan psikososial; penyerahan kembali kepada orangtua/wali; keikutsertaan dalam pendidikan atau pelatihan di lembaga pendidikan atau LPKS paling lama 3 (tiga) bulan, atau pelayanan masyarakat paling lama 3 (tiga) bulan.

Pasal 11 dirumuskan hasil kesepakatan diversi dapat berupa: perdamaian dengan atau tanpa ganti kerugian; penyerahan kembali kepada orangtua/wali; keikutsertaan dalam pendidikan atau pelatihan di lembaga pendidikan atau LPKS paling lama 3 (tiga) bulan, atau pelayanan masyarakat. Dalam Pasal 13 ditegaskan proses peradilan pidana anak dilanjutkan dalam hal proses diversi tidak menghasilkan kesepakatan, atau kesepakatan diversi tidak dilaksanakan.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Achmad, *Mengembara di Belantara Hukum*, Makasar: Lembaga Penerbitan Universitas Hasanudin, 1990.
- Angkasa, dkk., "Model Peradilan Restoratif Dalam Sistem Peradilan Anak (Kajian tentang Praktik Mediasi Pelaku dan Korban dalam Proses Peradilan Anak di Wilayah Hukum Balai Pemasarakatan Purwokerto)", *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 9, No. 3, September 2009.
- Arief, Barda Nawawi, *Kapita Selekta Hukum Pidana Tentang Sistem Peradilan Terpadu (Integrated Criminal Justice System)*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2007.
- Arief, Barda Nawawi, *Restorative Justice: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*, Semarang: Pustaka Magister, 2008.
- Atmasasmita, Romli (ed), *Peradilan Anak di Indonesia*, Bandung: Mandar Maju, 1997.
- Baladan, Nicholas M.C., & Rebecca Jaremko Bromwich, *Chapter 1: Introduction: An International Perspective on Youth Justice*, dalam buku Nicholas M.C. Bala, et.al. *Juvenile Justice System an International Comparison of Problem and Solutions*. Toronto: Educational Publishin, Inc, 2002.
- Bynum, Jack E. & William E. Thompson, *Juvenile Delinquencya Sociological Approach*, Boston: Allyn and Bacon A Peason Education Company, 2002.

- Cragg, Wesley, *The Practice of Punishment, Toward a Theory of Restorative Justice*, London and New York: Routledge, 1993.
- Cunneen, C. & R. White, *Juvenile Justice: An Australian Perspective*, London: Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Empey, L. & MC. Stafford, *American Delinquency*, USA. Homewood Illinois, 1981.
- Friedman, Lawrence M., *The Legal System : A Social Science Perspective*, New York : Russel Sage Foundation, 1986.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Edisi Revisi, New Haven & London: Yale University Press, 1971.
- Gelsthorpe, Loraine & Nicola Padfield, *Exercising Discretion Decision-making in the Criminal Justice System and Beyond*, UK: Willan Publishing, 2003.
- Gosita, Arif, *Masalah Perlindungan Anak*, Jakarta: Akademi Pressindo, 1989.
- Hadisuprpto, Paulus, *Delinkuensi Anak, Pemahaman dan Penanggulangannya*, Malang: Bayumedia Publishing, 2008.
- Hagan, Frank E., *Introduction to Criminology (Theories, Methods, and Criminal Behavior)*, Chicago: Nelson-Hall, 1989.
- Haines, Kevin & Mark Drakeford, *Young People and Youth Justice*, London: Houndmills Basing Stoke Hampshire RG216XS and Macmillan Press Ltd, 2002.
- Harahap, Yahya, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Yogyakarta: Pustaka Kartini, 1993.
- Harris, Y.W., *Law and Legal Science*, Oxford: Clarendon Press, 1982.

Herlina, Apong, et.al., *Perlindungan Terhadap Anak yang Berhadapan dengan Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2004.

Kelsen, Hans, *Teori Hukum Murni Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif*, Terjemahan Raisul Muttaqien, Bandung: Nusamedia & Nuansa, 2006.

Kelsen, Hans, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Bandung: Nusamedia-Nuansa, 2006.

Kusumaatmadja, Mochtar dan Arief Sidarta, *Pengantar Ilmu Hukum Suatu Pengenalan Pertama Ruang lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, 2000.

Makarim, Edmon, "Kompilasi Hukum Telematika" dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum: Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, DR. Teguh Prasetyo, SH.,M.Si, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007.

Mansyur, Ridwan, *Keadilan Restoratif sebagai tujuan pelaksanaan Diversi pada Sistem Peradilan Pidana Anak*, diikuti dari www.mahkamahagung.go.id ditulis pada 8/13/2014

Marlina, "Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia (Suatu Studi di Kota Medan)", *Disertasi*, Sumatera Utara: Universitas Sumatera Utara, 2006.

Marlina, *Peradilan Pidana Anak di Indonesia, Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*, Bandung: Refika Aditama, 2007.

Marshall, Tony F., *Restorative Justicean Overview*, Minnesota: University of Minnesota, 1998.

McCoubrey, Hilaire and Nigel D. White, *Text Book on Jurisprudence*, London: Blackstone Press Limited, 1996.

- Mertokusumo, Sudikno, *Bab-bab Tetang Penemuan Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, Cetakan Pertama, 1993.
- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2010.
- Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002.
- Muladi, *Lembaga Pengawasan: Sistem Peradilan Terpadu*, Jakarta: MAPPI FHUI, 2003, www.pemantauperadilan.com.
- Muncie J., *Youthand Crime. Acritical Introduction*, London: Sage, 1998.
- Nonet, P. & P. Selznick, *"Law and Society In Transition"* Dikutip oleh Teguh Prasetyo, dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007.
- Nurdin, Boy, *Filsafat Hukum (Tokoh-tokoh Penting Filsafat Sejarah dan Intisari Pemikiran)*, Jakarta: Pustaka Litera AntarNusa, 2014.
- Pennington, B. Ewart dan D., *An Attrimational Approach Toexplaining Semencing Diparity* in D. C. Pennington and S. Lloyd-Bostock, (eds), *The Psycological of Sentencing: Approachesto Consistencyand Disparity*, Oxford: CentreforSocio-legal Studies, 2003.
- Purbacaraka, Purnadi dan Soerjono Soekanto, *Kaidah-kaidah Hukum*, Bandung: Alumni, 1978.
- Purnianti, Mamik Sri Supatmi dan Ni Made Martini Tinduk, *Analisa Situasi Sistem Peradilan Anak (Juvenile Justice System) di Indonesia*, Indonesia: UNICEF, 2003.

Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000.

Reksodiputro, Mardjono, *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta: Pusat Pelayanan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, 2007.

Reksodiputro, Mardjono, *Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Melihat Kepada kejahatan dan Penegakkan Hukum dalam Batas-batas Toleransi)*”, Pidato Pengukuhan Penerimaan Jabatan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.

Shelden, Randall G., *Detention Diversion Advocacy: An Evaluation*, Washington DC: Department of Justice, 1997.

Siswosoebroto, Koesriani, *Buku Teks Sosiologi Hukum*, Editor: A.A.G Peters (Universitas Utrecht)-(Universitas Indonesia), “Hukum dan Perkembangan Sosial”, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1990.

Soekanto, Soerjono, “Pengantar Penelitian Hukum” dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum: Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, DR. Teguh Prasetyo, SH.,M.Si, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007.

Soemitro, Ronny Hanitijo, “Sebuah Model Analitik Mengenai Pembangunan Politik Dengan Menggunakan sistem Hukum Sebagai Kerangka Teoritik” dalam Kumpulan Karya Ilmiah Menyambut 70 Tahun Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H. dalam Buku *Wajah Hukum di Era Reformasi*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000.

Soeprapto, Maria Farida Indrata, *Ilmu Perundang-Undangan Dasar –Dasar dan Pembentukannya*, Yogyakarta: Penerbit Kansius, 1998.

- Stumphauzer, Jerome, *Helping Delinquent Change: A Treatment Manual* Q [Social Learning Approaches, New York: Haworth Press, 1991.
- Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1998.
- Swanson Jr., Charles N. & Neil C. Chamelin, Leonard Terito, *Criminal Investigation*, New York: Random House, 1984.
- Syahrani, Riduan, "Rangkuman Intisari Ilmu Hukum" dalam buku *Ilmu Hukum dan Filasafat Hukum: Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, DR. Teguh Prasetyo, SH.,M.Si, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007.
- Trajanowicz, Robert C. and Marry Morash, *Juvenile Delinquency: Concepts and Control*, New Jersey: Prentice Hall, 1992.
- United Nations, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York: United Nations Publication, 2006.
- United Nations, United Nations Standard Minimum Rules For The Administration of Juvenile Justice", United Nations, <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r033.htm>, diakses 20 Januari 2016.
- Warassih, Esmi, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: Suryandaru Utama, 2005.
- Weitekamp, Elmar G.M & Hans-Jiirgen Kerner, *Restorative Justice in Contert International Practices and Directions*, UK: Willan Publishing, First Edition, 2001.
- Wundersitz, J., *Juvenile Justice*, in K.M. Hazlehurst (ed) *Crime Justice. An Australian Textbookin Crimminology*, New South Wales: Noth Ryde, 1996.

TENTANG PENULIS



Dr. FAJAR ARI SUDEWO, SH., MH., lahir di Salatiga, 6 Juni 1960, menyelesaikan S₁ di Fakultas Hukum UKSW Salatiga tahun 1989, Magister Ilmu Hukum (S₂) di Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto tahun 2004, dan Program Doktor (S₃) di Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Sultas Agung Semarang tahun 2017.

Saat ini disamping sebagai dosen Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Pancasakti Tegal, juga menjabat sebagai Wakil Rektor II Universitas Pancasakti Tegal periode 2020-2024, sebelumnya menjabat sebagai Wakil Rektor III Universitas Pancasakti untuk dua Periode tahun 2012 s/d tahun 2020.

Mata kuliah yang diampu adalah: Hukum Pidana, Hukum Acara Pidana, Viktimologi, Praktek Peradilan Pidana, dan Hukum Lingkungan.

Beberapa tulisan yang pernah ditulis diantaranya *“Implementasi Hak-Hak Tersangka Dalam Proses Peradilan Pidana”*, tahun 2004, *“Modus Operandi dan Motif Kejahatan Karya Intelektual pada Industri-industri Sarung di wilayah Kabupaten Tegal dalam perspektif Kriminologis”* tahun 2007, *“Dampak Pencemaran Limbah Filet di Desa Muarareja Kecamatan Tegal Barat, Kota Tegal”* tahun 2009, *“Tinjauan*

Viktimologis terhadap korban kejahatan Terorisme” tahun 2009, “Peran Advokat Dalam Memberikan Bantuan Hukum Dalam System Peradilan Pidana” tahun 2013.

Selain sebagai Akademisi, Penulis juga adalah sebagai praktisi seorang Advokat senior di Kota Tegal dan dipercaya sebagai Konsultas Hukum Pemerintah Kabupaten Brebes sejak tahun 2012 sampai dengan sekarang. ###

PENDEKATAN RESTORATIVE JUSTICE

bagi Anak yang Berhadapan dengan Hukum

Secara umum, prinsip-prinsip keadilan restoratif adalah membuat pelanggar bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan atas perbuatannya. Memberikan kesempatan kepada pelanggar untuk membuktikan kualitas dirinya. Melibatkan para korban dan pihak-pihak yang terkait di dalam forum sehubungan dengan penyelesaian masalah. Menetapkan hubungan langsung dan nyata antara kesalahan dengan reaksi sosial yang formal.

Dengan adanya keadilan restoratif, memang sangat dimungkinkan terjadinya benturan dengan asas legalitas dan tujuan kepastian hukum. Namun, benturan itu akan teratasi dengan sendirinya ketika penafsiran akan kepastian hukum berupa kepastian hukum yang adil. Titik berat yang menjadi pertimbangan digunakannya keadilan restoratif ini adalah penyidikan perkara yang dalam buku ini terkait dengan anak yang berhadapan dengan hukum, yang secara filosofis dan justifikasi belum memenuhi unsur-unsur untuk disidangkan atau diperkara-pidanakan, sehingga cukup dilakukan dengan upaya-upaya mediasi dalam menyelesaikan masalah. Penal mediasi ini demi hukum dan keadilan yang progresif.